

# El Estado Juristocrático

Proceso de difusión  
y posibilidades de mejora



BÉLA POKOL

diálogo Campus

# EL ESTADO JURISTOCRÁTICO

This page intentionally left blank

Béla Pokol

# EL ESTADO JURISTOCRÁTICO

Proceso de difusión  
y posibilidades de mejora

DIALÓG CAMPUS ❖ BUDAPEST

This publication is being released as part of the project  
“Public Administration and Civil Service Development OP”  
(PADOP-2.1.2-CCHOP-15-2016-00001).

Traducido por  
Anna Virágh

© Béla Pokol, 2018  
© Dialóg Campus, 2018

Todos los derechos reservados. No está permitida la reproducción  
total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático,  
sin el permiso previo de la editorial

# Índice

<b>Prólogo.....</b>	<b>7</b>
<b>Las funciones de los tribunales constitucionales – una interpretación realista .....</b>	<b>11</b>
La ampliación de las funciones de los tribunales constitucionales .	11
El tribunal constitucional como tribunal internacional .....	20
Distorsiones estructurales de las actividades funcionales de los tribunales constitucionales.....	27
Resumen y perspectivas .....	34
<b>La forma juristocrática del gobierno y sus retos estructurales.....</b>	<b>37</b>
Tipología de la vinculación política de los jueces constitucionales: dos opciones .....	39
Jueces de carrera y jueces de reconocimiento .....	40
Jueces constitucionales con vinculación política inmediata y activismo partidario .....	42
Aspectos estructurales de la forma jurídica del gobierno .....	47
Epílogo .....	56
<b>El Estado juristocrático: aspectos del desmontaje .....</b>	<b>59</b>
Difusión geográfica y crecimiento de la influencia de la adjudicación constitucional .....	62
La “pseudoconstitución” de los tribunales constitucionales .....	66
La forma jurídica del gobierno .....	74
La interpretación objetivo-teleológica del derecho: el desapego del texto jurídico .....	80

El cambio de reglas a principios abstractos en el ordenamiento jurídico . . . . .	82
Política a través de procesos judiciales. . . . .	86
Discurso moral y democracia deliberativa. . . . .	88
El Estado juristocrático en Hungría . . . . .	91
<b>Las posibilidades de mejora del Estado juristocrático . . . . .</b>	<b>97</b>
La selección de los jueces constitucionales . . . . .	105
Ascenso al rol del juez constitucional: retos epistemológicos. . . . .	107
Las posibilidades de una reforma con continuidad de funciones: el equipo de juristas permanentes . . . . .	111
La automatización de la selección de los ponentes . . . . .	116
La vinculación del Tribunal Constitucional a la Constitución. . . . .	119
La abolición del secreto del Tribunal Constitucional. . . . .	120
La separación de los jurados de movimiento de los organismos no-gubernamentales. . . . .	122
<b>Bibliografía . . . . .</b>	<b>125</b>

## Prólogo

El presente libro se centra en los procesos por los cuales el estado moderno democrático se transforma cada vez más en una base de jurisprudencia en varios países del mundo occidental y, por su impulso, también en otras partes del mundo. Este proceso de transformación se debe principalmente a las competencias cada vez más amplias de los tribunales constitucionales, pero el cambio del proceso de la toma de decisiones de otros tribunales supremos también apunta hacia esta dirección. Lo que ha sido debatido políticamente dentro de los órganos democráticamente elegidos en un estado de democracia –millones de votantes han emitido sus votos para determinar la dirección en la que deben resolverse estos temas– el estado juristocrático fundamenta en un debate que utiliza argumentos jurídicos, y es el tribunal supremo o el tribunal constitucional que toma las decisiones finales. Los tribunales constitucionales están en el centro de estas tendencias de transformación, y, por lo tanto el análisis del presente volumen debe comenzar con la investigación de los cambios por los cuales los tribunales constitucionales originalmente limitados se han transformado en un órgano principal del estado. Esta transformación ha llevado a la situación actual, en la que las decisiones finales de la sociedad y del estado se toman, en última instancia, por los tribunales constitucionales.

Los análisis de este libro encuentran la respuesta a esta transformación –después de los modestos comienzos norteamericanos y, más tarde, austríacos– en la mejora radical del Tribunal Constitucional alemán llevado a cabo por el gobierno militar estadounidense durante la ocupación de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial. El trabajo jurídico de codificación, que había preparado la nueva constitución, fue dirigido por los estadounidenses, y tenía como meta construir una democracia que controlaba millones de ciudadanos alemanes. Existía una intención explícita de limitar la democracia de las masas alemanas, y para ello se planificó un poderoso órgano que interviniera y bloqueara un posible cambio político impulsado por el pueblo alemán, y el que pudiera ser calificado como erróneo desde el punto de vista de las grandes potencias y los EEUU. En el



mismo momento histórico, en los EEUU era todavía inconcebible tal grado de control sobre la democracia, realizado por los juicios constitucionales de la Corte Suprema así que no podían trasplantarse los resultados de la experiencia alemana. Este modelo de democracia limitada más tarde fue presentado al público con una narrativa según la que el motivo de su introducción se apunta hacia una democracia de más alto nivel, protegida por garantías constitucionales. Como el lado sombrío de la democracia –las polémicas parlamentarias y las frecuentes controversias entre los políticos en los medios de comunicación– escandaliza a la mayoría de los electores, los tribunales constitucionales con sus solemnes declaraciones y su trabajo ejercido en el fondo logran un gran apoyo para sí mismos. Así el modelo alemán de democracia limitada, interpretado por muchos como la opción de más alto nivel, se convirtió, debido a su gran éxito, en una de las principales herramientas de las potencias lideradas por los Estados Unidos después de las dictaduras superadas y en su mayoría expulsadas, y cuyo derrocamiento fue apoyado desde fuera, por los Estados Unidos que recomendó la implantación del modelo alemán y apoyó financieramente a los países en transformación. Durante las últimas décadas muchos tribunales constitucionales han surgido en varios países del mundo; estas entidades jurídicas paralelamente han cobrado cada vez más poder sobre los cuerpos democráticos. De hecho, si el buen gobierno y la democracia de alto nivel significan estar disociados de la elección por masas y, el tribunal constitucional, que ejerce su poder sobre los cuerpos democráticos, significa la sublimación de la democracia, ¿por qué pararse a medio camino y no crear democracias mejores? Si bien, por supuesto, este cambio ha causado una supresión de aún mayor grado de la democracia y, en muchos casos, casi ha conducido a la anulación de la misma.

Las investigaciones del presente libro pretenden eliminar los tabúes ya quebrados sobre la investigación de la creación de la Ley Fundamental Alemana y mostrarán que el camino hacia los tribunales constitucionales ha sido creado por el ocupante gobierno militar de los Estados Unidos explícitamente con el fin de limitar la democracia, y que éstos más tarde se han convertido en el núcleo del estado juristocrático. El análisis también muestra que esta operación del estado no sólo ha ganado popularidad en varios países alrededor del mundo, sino también dispone de una base de legitimidad especial. Aparte de la vigencia de los principios de la democracia, la justificación de las decisiones del estado es que estas decisiones siempre se toman –con una serie más o menos largade razonamientos– por

---

deducción de la constitución. Esta legitimidad especial convierte el estado en una prioridad absoluta para examinar los procesos de toma de decisiones del tribunal constitucional y para investigarlas posibles distorsiones estructurales al derivar estas decisiones de la constitución.

Los análisis muestran siete distorsiones de este carácter, y el último capítulo del libro ofrece un análisis detallado de algunas modalidades para refinarlas. Se afirma que mediante este procedimiento de refinamientos, los procesos de toma de decisiones jurídicos serán más apropiados para cumplir la promesa de la legitimidad. Por otro lado, el análisis sugiere que incluso si admitimos la base juristocrática del estado, seguimos teniendo la obligación de aferrarnos, al menos en un plano teórico, a los principios de la democracia.

This page intentionally left blank

## **Las funciones de los tribunales constitucionales – una interpretación realista**

A mediados de los años setenta fuera de los Estados Unidos solo existían tres países europeos que tenían tribunal constitucional, mientras actualmente la mayoría de los estados de América Latina, Europa, Asia y África disponen de algún tipo de arbitraje constitucional. Aparte de la expansión geográfica, los nuevos tribunales recibían cada vez más potestad de supervisión sobre la ley y la política, y poder de configuración de las mismas. A continuación, en la primera parte del presente estudio se analizará esta ampliación de funciones. Posteriormente, se destacarán las consecuencias de la función judicial internacional que algunos nuevos tribunales constitucionales comenzaron a ejercer. Por último, el siguiente análisis intenta subrayar algunas distorsiones típicas en la actividad de los tribunales constitucionales surgidas en su toma de decisiones. A modo de conclusión y replanteando una perspectiva más amplia, expondremos la noción del establecimiento gradual del estado juristocrático por el poder expansivo de los tribunales constitucionales y de otros tribunales superiores.

### **La ampliación de las funciones de los tribunales constitucionales**

La idea de la adjudicación constitucional surgió en los Estados Unidos a principios del siglo XIX como consecuencia de la estructura federal, la primera de este carácter en establecerse en la historia. La colisión del poder federal y el poder estatal fue el problema que históricamente llevó al establecimiento de la adjudicación constitucional. Las legislaciones federales y estatales chocaron porque las facultades del gobierno federal estaban codificadas en la Constitución Federal, y todas las demás competencias fueron otorgadas a los estados miembros, pero no existía una institución para resolver las posibles colisiones. En 1803 el jefe de la Corte Suprema Federal, el juez presidente John Marshall, llegó a la idea de que

tales conflictos debían ser decididos por el Tribunal Supremo Federal. Durante mucho tiempo esta función era la única asociada con la adjudicación constitucional. Esta estrecha función se amplió en la segunda mitad del siglo XIX en los Estados Unidos, y los jueces de la Corte Suprema comenzaron a revisar los actos legislativos también en base de los derechos fundamentales incorporados. Con esta modificación lo que inicialmente fue una revisión puramente formal de los actos legislativos, se transformó en un control integral de contenido y, por otra parte, sobre la base de la apertura de los derechos fundamentales la adjudicación constitucional se transformó gradualmente en la posición de un centro político fuerte sobre la legislatura.

En Europa esta nueva práctica de juicio constitucional fue observada con gran respeto y grandes esperanzas; fue el estado federal de Suiza el primero en dar impulso para hacerse cargo de esta institución.<sup>1</sup> En 1874 una enmienda constitucional hizo posible que los ciudadanos lleven ante el Tribunal Federal los actos estatales que violaran sus derechos. Sobre la base de esta experiencia el prestigioso abogado austriaco, Georg Jellinek, en un estudio en 1885 estableció las pautas de una adjudicación constitucional integral para Austria.<sup>2</sup> En esta versión de la sentencia el tribunal constitucional no sólo revisaría los actos legislativos, sino además tendría control sobre el curso de las elecciones, así como ejercería la protección de las enmiendas constitucionales que requieran una ley de mayoría calificada contra las leyes simples.

Después de estos comienzos la toma de la sentencia constitucional se llevó a cabo en Europa en 1920 en Austria con la modificación de que se estableció separadamente un tribunal constitucional y, no fueron los tribunales ordinarios superiores los que se encargaban de esta función. Esta transformación fundamental ya predecía el cambio de carácter de la adjudicación constitucional. A diferencia de los planes de Georg Jellinek —éstos diseñaron la realización de la sentencia constitucional por parte del principal tribunal austriaco ordinario—, el Bundesgerichtshof, tal como existe en el ejemplar los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional austriaco estaba completamente separado del tribunal ordinario, y no eran básicamente jueces y otros abogados que fueron incluidos como jueces

<sup>1</sup> Véase JELLINEK, Georg (1885): *Ein für Verfassungsgerichtshof Austria*. Wien, Alfred Hölder K. K. Universitäts- und Buchhandlung. 57.

<sup>2</sup> Véase JELLINEK 1885, 10–52.

en este nuevo cuerpo. Es decir, la mayoría parlamentaria socialdemócrata no tenía la menor confianza en el conservador poder judicial superior austriaco y, de esta manera, los políticos de la mayoría parlamentaria preferían un Tribunal Constitucional independiente que podría ser completado de forma más apropiada por abogados socialistas y profesores amigos. Esto era aún más importante, puesto que este nuevo tipo de sentencia constitucional no se insertó en el final de las demandas judiciales –como originalmente sucedió en los Estados Unidos–, sino era posible impugnar los actos legislativos ante el Tribunal Constitucional inmediatamente después de su promulgación. Con esta modificación la adjudicación constitucional se puso en el centro de la constante rivalidad política entre la mayoría parlamentaria del gobierno y los partidos de la oposición y, de esta manera, se convirtió en el último juez político a lo largo del proceso de revisión de los actos parlamentarios.

El siguiente hito en los cambios de las funciones de los tribunales constitucionales fue la reconstrucción, posterior a la Segunda Guerra Mundial, del sistema jurídico de la derrotada Alemania e Italia por los abogados de las fuerzas estadounidenses ocupantes. En estos países se crearon nuevas constituciones, y el contenido de éstas se determinó principalmente por abogados estadounidenses. (Las transiciones controladas por los Estados Unidos tenían el potencial de crear una constitución completamente elaborada por los abogados de las fuerzas de ocupación de los EE.UU., y la que fue traducido sólo más tarde, como en el caso de Japón de la posguerra)<sup>3</sup> por tribunales ordinarios. Sin embargo, al igual que en 1920 en Austria, la mayoría demócrata de la izquierda tenía una aversión contra el poder judicial conservador, por lo que el liderazgo militar

<sup>3</sup> Como escribió Noé Feldman, la naturaleza forzada de la Constitución japonesa por parte de los estadounidenses fue conocida por el público japonés sólo diez años más tarde, y luego se estableció un comité para su revisión y la posible revisión de las disposiciones de la Constitución. Pero al final lo archivaron todo. Hoy esto no sería posible –añade Feldman– por la indispensable legitimidad interna de las constituciones: “Less than a decade after the adoption of the Japanese Constitution, the document’s imposed foreign origins became public knowledge in Japan. A commission was formed to consider redrafting – and despite the recommendations for changes, the existing constitution was preserved in its entirety. Half a century later, one cannot imagine this sort of acquiescence being reproduced in most places in the world. Today a new constitution must be understood as locally produced to acquire legitimacy.” FELDMAN, Noah (2005): Imposed Constitutionalism. *Connecticut Law Review*, Vol. 37, No. 4. 859.

ocupante de los EE.UU. no quería conceder el poder político dominante de la adjudicación constitucional al poder judicial socializado durante los regímenes de Hitler y Mussolini. Así el tribunal constitucional austriaco, organizado independientemente se convirtió en el modelo para la nueva sentencia constitucional en Alemania e Italia. Los estadounidenses completaron el tribunal constitucional de Alemania con profesores de derecho fiables (quienes a veces volvieron con las fuerzas ocupantes), lo que dio un fuerte apoyo de fondo a los jueces constitucionales en los años cincuenta.<sup>4</sup> El Tribunal Constitucional italiano también se organizó con carácter limitado fuera de la jerarquía de la jurisdicción ordinaria. Hasta finales de los años cincuenta el Tribunal Constitucional no podía iniciar su actividad debido a las luchas internas entre las fuerzas políticas; durante el mismo período la Corte Constitucional alemana ya era capaz de construir su poder sobre las actividades del estado alemán. Más tarde, en los años ochenta y noventa, durante la expansión de la adjudicación constitucional sobre Europa, África y Asia, el modelo italiano no ejercía influencia significativa, y el modelo alemán se convirtió en un patrón importante para su implantación. Por estas razones se concentra este estudio en el análisis del modelo alemán.

El modelo alemán preservó el control directo sobre los actos legislativos mediante los jueces constitucionales –como sucedió en Austria–, pero este modelo intentaba en parte comprometer la adjudicación constitucional a los tribunales superiores. En Alemania se hizo posible impugnar la resolución final del litigio judicial ordinario por reclamación constitucional, y muy pronto se convirtió en la carga de trabajo más grande de los jueces constitucionales. Por otra parte, para crear un mayor grado de vinculación de la adjudicación constitucional al poder judicial superior, se prescribió que un tercio de los jueces constitucionales fueran elegidos entre los miembros de los cinco tribunales supremos.

Mirando atrás, podemos establecer que sólo el Tribunal Constitucional alemán era realmente capaz de desplegar el potencial de poder de la Corte Constitucional, ya que este tribunal es elegido por las fuerzas políticas. Las fuerzas de ocupación estadounidenses ofrecieron un soporte de fondo

---

<sup>4</sup> El excelente libro de Stefan Scheil proporciona una gran cantidad de información sobre el radical cambio de élite y su vuelta hacia el espíritu trasatlántico después de la Segunda Guerra Mundial, véase SCHEIL, Stefan (2012): *Transatlantische Wechselwirkung. Der Elitenwechsel in Deutschland nach 1945*. Berlin, Duncker und Humblot. Relativa al Tribunal Constitucional, véanse, en particular, las páginas 155–159.

estable durante la lucha política con un gobierno mayoritario. Este apoyo era más que necesario, ya que el amplio poder de los jueces constitucionales para la anulación de los actos legislativos no tenía precedente, y los jueces constitucionales alemanes solamente han ampliado aún más este poder.<sup>5</sup> (En los Estados Unidos la adjudicación constitucional no alcanzó tal nivel de poder en 1940, solamente en la década de 1960.) Las fórmulas y declaraciones muy abstractas y casi normativamente vacías, incorporadas en el Grundgesetz alemán en 1949 como derechos constitucionales básicos, a pesar de su generalidad, ofrecieron otro fundamento legislativo de poder para los jueces constitucionales alemanes. Un ejemplo de ello es el “derecho a la expansión general de la personalidad”, y otro es la “inviolabilidad de la dignidad humana”. La Corte Constitucional alemana construyó estas fórmulas como aspectos generales de la esencia humana que fueron utilizadas para crear nuevos derechos constitucionales fundamentales que transformarían de manera integral la constitución original.

Al mismo tiempo, el desarrollo posterior mostró una diferenciación importante que los jueces constitucionales alemanes comenzaron a aplicar paralelamente a la anulación de los actos parlamentarios. Originalmente el tribunal constitucional, organizado por separado y creado directamente para controlar la legislación, sólo tenía la potestad de la legislación negativa (en otras palabras: la anulación de la ley), como había escrito el padre fundador del modelo austriaco, Hans Kelsen. Pero en la práctica de la Corte Constitucional alemana la misma costumbre comenzó a cambiar paulatinamente, y en las partes del razonamiento de sus decisiones –paralelamente a la anulación– los jueces constitucionales comenzaron a prescribir regulaciones estrictas, que eran registradas minuciosamente, sobre la manera de formular una nueva ley, creada para que fuera aceptada por los jueces constitucionales. De esta manera, la legislación negativa comenzó a cambiar hasta convertirse en una legislación positiva más

---

<sup>5</sup> El papel de la Corte Constitucional alemana se determinó de manera decisiva en los primeros años entre 1951–71 por Gerhard Leibholz, regresado del exilio en 1946. En su llamado Memorándum del Estado de 1952 describió la posición privilegiada del tribunal constitucional frente al gobierno y la mayoría parlamentaria. Bajo su liderazgo los jueces constitucionales alemanes comenzaron una amarga lucha contra el gobierno de Adenauer para imponer su primacía sobre cada órgano estatal. Para más detalles véase: COLLINGS, Justin (2013): Gerhard Leibholz und der Status des Bundesverfassungsgerichts. Karriere eines Berichts und seines Berichterstatters. In KAISER, Ann Bettina Hrsg.: *Der Parteienstaat*. Baden-Baden, Nomos. 228–258.



fuerte. Posteriormente los nuevos tribunales constitucionales, establecidos en los años ochenta y noventa, basados en el modelo alemán, asumieron el control, y ampliaron este cambio a una legislación más positiva.

En España, al adoptar el estilo activista de la adjudicación constitucional desarrollado por los jueces alemanes, el Tribunal Constitucional del país ibérico se ha convertido en otra vanguardia desde los inicios de los años ochenta. De hecho, los jueces constitucionales españoles intensificaron aún más este estilo activista, y tendían a prescindir de las disposiciones de la Constitución, utilizando su antigua jurisprudencia para la anulación de los nuevos actos parlamentarios. El uso frecuente de su propia jurisprudencia asimismo ha sido una característica de los alemanes, pero en su toma de decisiones también aparece el análisis del texto de las disposiciones constitucionales. (Es cierto que éstas muy a menudo están muy lejos de este texto, y utilizan unas normas para fundamentar sus decisiones que se crean a partir de declaraciones constitucionales generales.) Sin embargo, en el caso de la Corte Constitucional española las disposiciones de la Constitución también quedan completamente apartadas, y las decisiones de la Corte son basadas únicamente en su propia jurisprudencia.<sup>6</sup> De esta forma, al reforzar la iniciativa alemana, la práctica española de la toma de decisiones ha establecido allí el fenómeno de la “pseudo-constitución” que es el predominio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desviado por la Constitución escrita.

En la creación de una pseudoconstitución y en el fortalecimiento de otras actividades activistas, introducidas por los jueces constitucionales

---

<sup>6</sup> El ejemplo más evidente de este estilo de decisión de los jueces constitucionales españoles fue su resolución en 2012, en la que decidieron sobre la disposición del Código Civil que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. La Constitución española declara literalmente que el matrimonio es un vínculo jurídico entre un hombre y una mujer, pero esta disposición fue reconocida como consistente con la constitución por los jueces constitucionales españoles. La disposición pertinente de la Constitución Española en su traducción al inglés dice: “Art 32.1. A man and a woman will be entitled to marry in terms of full legal equality.” Esto es interpretado por los jueces constitucionales de la siguiente manera: “Otherwise, if strictly and literally interpreted, Article 32 CE only identifies the holders of the right to marry, not the other spouse, although, we must insist, systematically speaking it is clear this does not mean that there was a wish in 1978 to extend the exercise of this right to homosexual unions.” STC No. 198/2012, 5. Sin embargo, a pesar de la declarada admisión de la oposición de su decisión a la constitución, declararon el matrimonio civil del mismo sexo como consistente con la constitución.

alemanes, el Tribunal Constitucional húngaro se ha convertido en otra vanguardia desde los años noventa. Después del colapso del modelo socialista del estado en los años 90, la idea de la adjudicación constitucional se desconocía completamente en Hungría, tanto en el derecho, como en la esfera pública política. El propio concepto jurídico de la adjudicación se propagó como el logro supremo de la tan esperada democracia política. Los primeros jueces constitucionales elegidos al azar en 1990 no eran conscientes de su papel y de las funciones legislativas ligadas al nuevo sistema político pluripartidista. En la caótica situación política la primera mayoría parlamentaria libremente elegida y su gobierno, por las circunstancias en Hungría, dieron oportunidades específicas de desplegar la adjudicación constitucional con el mayor poder posible. De hecho, la mayoría de los partidos conservadores nacionales podía formar gobierno, pero más allá de este poder gubernamental los partidos de la oposición izquierdista también gozaban de pleno apoyo de los medios de comunicación, de los recursos económicos, universitarios y académicos. En esta situación los vastos recursos de poder poseídos por la oposición prácticamente paralizaban el gobierno durante los primeros meses y, en noviembre de 1990, incluso hubo una huelga de taxistas en la capital, que tenía como objetivo derrocar el gobierno.

El Tribunal Constitucional húngaro en estos meses comenzó a desarrollar su propio estilo de trabajo y toma de decisiones y, alentado por su carismático presidente, László Sólyom, asumió las fórmulas más activistas de la práctica alemana.<sup>7</sup> Otra ventaja estratégica era que a los magistrados constitucionales húngaros no les agobiaba la enorme carga de trabajo producida por las quejas contra las decisiones de los tribunales ordinarios, como sucedió en Alemania y en los demás países europeos. En Hungría, en consonancia con la solución austriaca, se estableció inicialmente un control constitucional para supervisar directamente la legislación, pero no para controlar los tribunales ordinarios. Además, este control directo —a diferencia de los austriacos— podía ser iniciado por todos. Debido a este carácter directo, el acto de la anulación de los actos parlamentarios de los

<sup>7</sup> Kim Lane Scheppele compara el carismático papel presidencial de László Sólyom con el papel del presidente de la Corte Constitucional de Rusia, Valery Zorkin, y los considera las personalidades más prominentes de los tribunales constitucionales post-soviéticos. Véase SCHELPELE, Kim Lane (2006): *Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe*. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, No. 6. 1757–1851.

jueces constitucionales era una práctica casi diaria en los primeros años de la democracia húngara. Como resultado de la frecuente anulación de los actos parlamentarios, la base de las decisiones de los jueces constitucionales no era la constitución escrita sino una “constitución invisible”, creada por las propias decisiones de la Corte Constitucional. Este estilo de la toma de decisiones había sido utilizado anteriormente por los jueces constitucionales alemanes y españoles, pero los húngaros se abstendían de declarar dicha práctica abiertamente. En una situación política donde el poder mediático, el poder intelectual universitario y académico y la élite económica estaban detrás de los partidos de la oposición, los jueces constitucionales con su “constitución invisible” se convirtieron en los centinelas de la democracia ante los grupos sociales que apoyaban a la oposición. En esta atmósfera política podían anular las disposiciones constitucionales, y cuanto más leyes anulaban, más reconocimiento recibían por parte de los medios de comunicación y los representantes del poder intelectual académico. Con un respaldo tan intensivo y extendido –cuando publicar las críticas contra las decisiones de la Corte Constitucional estaba casi prohibido– la práctica de la Corte Constitucional húngara empezó a apropiarse de todas las formas establecidas de la expansión, la competencia y la determinación del contenido de la futura ley.

Estas mejoras de competencias más tarde fueron legalizadas por la nueva Ley de la Corte Constitucional de 2011, basada en la nueva Constitución húngara. De esta manera, aparte de la simple anulación de los actos parlamentarios, se han puesto a disposición del Tribunal Constitucional los siguientes medios para determinar el contenido de la futura ley. 1. Más allá de la posibilidad de la anulación total, puede cambiar la disposición legal bajo investigación para anular parte de ella y dejar el resto intacto. De esta manera, esta disposición tendrá un contenido diferente en el futuro. 2. Igualmente es posible que los jueces constitucionales dejen intactas todas las disposiciones legales bajo investigación, pero les adjunten un requisito constitucional adicional, y así los jueces ordinarios y las autoridades las aplicarán en el futuro sólo en combinación con dicha adición. 3. Una tercera posibilidad es que investiguen una disposición estatutaria que implique un principio constitucional de derecho, una disposición constitucional o un derecho fundamental, y lleguen a la conclusión de que contiene una omisión constitucional que debe ser completada por la legislación a base de sus instrucciones. Apoyado por estas posibilidades, el Tribunal Constitucional húngaro ha recibido un amplio

conjunto de herramientas, más allá de su poder de legislación negativa, para determinar las futuras leyes positivas.

En resumen, sobre el proceso de la expansión de funciones se puede afirmar lo siguiente: el foco de las funciones de los tribunales constitucionales es la protección de las disposiciones de la constitución, una actividad posicionada en medio de las luchas entre la mayoría parlamentaria y los partidos de la oposición y, eventualmente, entre el gobierno y el jefe de estado. Más allá de vincular los nuevos actos parlamentarios a las disposiciones de la Constitución, el objetivo principal de las funciones es asegurar el cambio pacífico de gobierno después de la caída del partido gobernante en las elecciones parlamentarias o en caso de la expulsión del gobierno del parlamento. Estas funciones incluyen la revisión del litigio electoral y de los actos parlamentarios, y pueden realizarse antes de la promulgación de una ley (revisión previa) o posteriormente, después de su publicación. La revisión posterior puede llevarse a cabo en abstracto cuando los diputados –un grupo de diputados (por ejemplo, un número o un porcentaje mínimo establecido de todos los diputados)– pueden impugnar una nueva ley. En los estados federales los gobiernos de los estados miembros o la legislación local pueden impugnar la ley federal, y viceversa, las leyes de los estados miembros pueden ser impugnadas por los organismos del gobierno federal. Sin embargo, en algunos países el marco de revisión es aún más amplio, y esta revisión posterior es accesible para todos. Por ejemplo, en Hungría, desde 1990 hasta 2012, fue permitido el *actio popularis*, y cualquiera, incluso los ciudadanos extranjeros, podía impugnar cualquier ley y reglamentación aplicable ante el Tribunal Constitucional con el fin de presentar una queja constitucional y exigir su anulación, inmediatamente después de la publicación de dicha ley o reglamentación.

Además de estas funciones principales –si es que ya existen– los tribunales constitucionales también tienen potestad para decidir sobre casos de abuso de poder por parte del jefe de estado o por el primer ministro, en el marco de un procedimiento iniciado por la mayoría parlamentaria o de otra manera. Para dar algunos ejemplos, de esta manera privaron de su cargo los jueces constitucionales al presidente de Lituania –a Rolanda Paksas– en 2004. El Primer Ministro de Tailandia también fue destituido dos veces después del milenio. Si bien un caso similar no ha ocurrido aún en Hungría, el Tribunal Constitucional húngaro también tiene la misma jurisdicción y, por la propuesta de dos tercios de los diputados, puede

retirar al jefe de estado de su cargo si queda establecido la violación intencional de la Constitución o de la ley.<sup>8</sup>

En el análisis de las funciones constitucionales debemos prestar especial atención a una función que había quedado fuera de las actividades originales de la adjudicación constitucional de los Estados Unidos, pero surgía en varios tribunales constitucionales en Europa después de la Segunda Guerra Mundial.

## El tribunal constitucional como tribunal internacional

La adjudicación constitucional llegó de América a Europa después de la Segunda Guerra Mundial; en el proceso de la expansión geográfica también recibió una función adicional con respecto al derecho internacional que no existía en su lugar original. La constitución alemana de 1949 fue creada bajo el estrecho control de los abogados de las tropas estadounidenses de ocupación. Como el objetivo principal fue la división de Alemania y la consolidación de la ocupación permanente, unas provisiones explícitas también fueron incluidas en la Ley Fundamental alemana para prevenir el surgimiento de un nuevo poder totalitario por vía de elecciones generales, tal como había ocurrido en 1932.<sup>9</sup> De esta manera, la subordinación directa de la ley alemana al derecho internacional era otra herramienta para el control del estado alemán, y este control fue otorgado al Tribunal Constitucional: “Las normas generales del derecho internacional forman parte de la ley federal, tienen prevalencia sobre las leyes, y establecen

<sup>8</sup> Véase el artículo 13 de la Constitución húngara y sus disposiciones en la Ley del Tribunal Constitucional, sección 35; Las mismas normas figuraban en las disposiciones 31/A y 32 de la antigua Constitución.

<sup>9</sup> Durante la constitución determinada por los americanos, Hermann-Josef Rupieper enfatizó tres objetivos principales: “1949 hatten sich drei Strategien herauskristallisiert, um zu verhindern, dass die Deutschen jemals wieder zu einer Gefahr für die ‘demokratischen Welt’ werden konnten: Sie sollten ‘zum überzeugten Glauben an die Demokratie’ gebracht werden, sie mussten durch ‘Kontrolle und Überwachung’ in Schach gehalten werden, und sie waren durch Europäische Integration in breitere Beziehungen einzubetten. Alle Elemente dieser Politik existierten weiterhin parallel zueinander.” RUPIEPER, Hermann-Josef (2005): *Peacemaking with Germany. Grundlinien amerikanischer Demokratisierungspolitik 1945–1954*. In BAUERKÄMPER, Arnd Hrsg.: *Demokratiewunder. Transatlantische Mittler und die kulturelle Öffnung Westdeutschlands 1945–1970*. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht. 41–56.

directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal.” (Artículo 29). Así que el artículo 100 (2) establece la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho alemán, de tal manera que si surge una duda sobre si un elemento del derecho internacional forma parte de la ley federal, el Tribunal Constitucional decide el caso. En los últimos sesenta años, los jueces constitucionales alemanes han ejercido esta competencia con modestia,<sup>10</sup> pero este ejemplo había instado a algunos tribunales constitucionales europeos, establecidos posteriormente, para incorporar esta nueva función entre las competencias de la adjudicación constitucional. De esta manera, las leyes nacionales se controlaban por estos tribunales constitucionales no sólo a base del derecho constitucional, sino también a base del derecho internacional. Con esta duplicación y entrelazamiento, de cierto modo el derecho constitucional y el derecho internacional comenzaron a converger, aunque el grado de las funciones de la “corte internacional”, que deseen asumir, siempre está determinado por la actitud de la mayoría de los jueces constitucionales de la entidad jurídica de un país determinado.

Debido a este entrelazamiento entre leyes nacionales e internacionales surgieron algunos desarrollos que daban nuevos aspectos a la adjudicación constitucional. Uno de estos acontecimientos –con un fuerte apoyo de poder mundial– es la constitucionalización del derecho internacional que se utiliza por varios grupos de expertos legales. Estos grupos de abogados interpretan el derecho internacional originalmente creado por los contratos entre los estados-naciones soberanos como una constitución global, y tratan de usarlo para lograr la subordinación de los estados-naciones y sus constituciones nacionales.<sup>11</sup> A primera vista es sólo un desarrollo teórico, pero si nos fijamos en el desarrollo del orden mundial global más amplio en las últimas décadas, esto encaja muy bien con dichas tendencias.

---

<sup>10</sup> Véase “Some post-World War II national constitutions incorporate international law – or some parts of international law – as superior to statutes. So for example, in Germany, The Basic Law provides that *“the general rules of public international law ... take precedence over statutes and directly create rights and duties for individuals”*, although in practice this provision is given somewhat restrictive meaning.” JACKSON, Vicki C. (2007): Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. *Federal Law Review*, Vol. 35, No. 2. 164.

<sup>11</sup> Para un análisis resumido de este esfuerzo véase SCHWÖBEL, Christine (2012): The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. *German Law Review*, Vol. 13, No. 1. 2–22.

Desde comienzos de los años setenta, y luego a partir de los ochenta, un nuevo capitalismo monetario comenzó a construirse en el lugar del antiguo capitalismo de estados-naciones, basado en el keynesianismo, y los límites de los estados-naciones de cada país comenzaron a eliminarse gradualmente para integrarlos en el nuevo capitalismo monetario global.<sup>12</sup> Después de la desintegración del imperio soviético desde los años noventa, los países de Europa Central y Oriental se iniciaron en esta organización monetaria capitalista mundial. La creciente integración europea, similar a los procesos de otras regiones del mundo, recibió los incentivos y los antecedentes de estas organizaciones monetarias mundiales para controlar a los estados-naciones divergentes. A partir de 1995 el FMI, el Banco Mundial y especialmente la OMC fueron capaces de estabilizar este nuevo orden, y mediante tratados internacionales surgieron nuevos foros sobre los estados-naciones a fin de penalizarlos en caso de que no cumplieran sus obligaciones. En realidad, sólo a partir de 2008 después de las primeras sacudidas, tras haber estallado la gran crisis bancaria, y el sistema del mercado financiero basado en las familias bancarias globales resultó fundamentalmente inadecuado para mantener el capitalismo mundial, recibieron esta estructura global. Simultáneamente con los efectos de la crisis demográfica de los países de Europa Central y Oriental, potenciados por los movimientos migratorios de sus pueblos hacia Europa Occidental, estos fenómenos fortalecieron a los grupos políticos de los estados nacionales frente a la Unión Europea. No obstante, las nuevas tendencias todavía se encuentran en una fase inicial de los acontecimientos recientes. Por consiguiente, a nivel académico aún no se puede insistir en fuertes tendencias inversas en los sectores intelectuales o contra el mundo monetario global; las fuerzas de la globalización siguen siendo dominantes.

En este contexto estructural se explican los desarrollos intelectuales a mediados de los años noventa que crearon la teoría de la constitucionalización del derecho internacional en los círculos entrelazados de abogados internacionales y abogados constitucionales. El abogado austriaco, Alexander Somek critica este esfuerzo de la siguiente manera: en los años posteriores al cambio de milenio el plan de la constitución europea y de los Estados Unidos de Europa fracasaron por completo en el campo político, además, el crecimiento del euroescepticismo no permite ningún

---

<sup>12</sup> Para el análisis resumido de este proceso véase: PILJ, Kees van der (2006): *Global Rivalries. From the Cold War to Iraq*. London, Pluto Press.

retorno. Como consecuencia, según Somatek, los intelectuales de la derecha siguieron los pasos de los políticos, y redefinieron los conceptos jurídicos intentando crear una realidad social deseada. Su concepto puede resumirse de la siguiente manera: si el nuevo orden mundial ya no se crea por medios políticos, pueden creer la impresión en el público que el cambio deseado ya se ha llevado a cabo, y aparentar que los cambios ya se han convertido en realidad.<sup>13</sup>

Los tribunales constitucionales dotados de esta función también se convertirán en tribunales de derecho internacional que controlan el derecho interno, lo que se realiza en su intento de vigilar sobre el poder constitucional de sus propios países, apoyándose en la ley “constitucional” internacional. Para revelar la realidad a este respecto, a continuación examinaremos la situación de algunos países concretos de acuerdo con el texto de sus constituciones.

Los tribunales constitucionales de Rumania y Croacia no tienen carácter de “tribunal internacional”, dicho matiz no aparece codificada en sus constituciones, y los jueces constitucionales de ambos países controlan el derecho interno únicamente a base de sus constituciones nacionales. Volviendo a aquellos países en los que existe este doble carácter de la corte constitucional, examinaremos el grado de intensidad de la interferencia del derecho internacional con el derecho nacional. La primera en esta escala sería la constitución checa que incluye sólo en forma limitada la base de doble verificación de los jueces constitucionales sobre el derecho interno. Con arreglo a la letra i) del apartado 1 del artículo 87 de la Constitución, los jueces constitucionales checos no controlan el derecho interno sobre la base de los abstractos tratados internacionales, y el derecho interno sólo puede anularse en caso de que impida la aplicación de determinadas decisiones de los tribunales internacionales.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Véase: “Since nobody appears to believe any longer in the change of the world order by political means, scholarship is increasingly taking comfort from the academic equivalent of practical change, namely the re-description of social realities of social. If the world cannot be changed, you imagine it changed and pretend the work of your imagination to amount to the real. (...) The most ludicrous form of the re-description is the application of constitutional vocabulary to international law.” SOMEK, Alexander (2010): *Administration without Sovereignty*. In DOBNER, Petra – LOUGHLIN, Martin eds.: *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford, Oxford University Press. 286.

<sup>14</sup> Véase: “The Constitutional Court shall rule on (...) i) measures essential for the implementation of a ruling by an international court, which is binding for the Czech Republic, unless it be implemented in a manner.”



En cambio, la Constitución eslovaca permite la posibilidad de controlar el derecho interno a base del derecho internacional y, además de las disposiciones de la Constitución eslovaca, los jueces constitucionales siempre pueden anular una ley nacional sobre esta base, al igual que en Alemania. Sin embargo, a diferencia de la solución alemana, el Tribunal Constitucional eslovaco puede controlar el derecho interno a base de una parte del derecho internacional que ha sido creada expresamente de acuerdo con los convenios internacionales a los que se ha adherido Eslovaquia, dejando excluida la base de las “reglas de derecho internacional” que pudieran ser ampliadas libremente por los jueces constitucionales.<sup>15</sup> Por otro lado, el control del derecho interno sobre la base del derecho internacional tiene otra posibilidad también, ya que el recurso constitucional de los ciudadanos se juzga por los jueces constitucionales en virtud del tratado de los derechos humanos, y no sobre la base de la legislación eslovaca codificada en la Constitución. (Al igual que en el caso de la Corte de Estrasburgo). Con esta solución se ha duplicado la subordinación del derecho interno al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, los jueces constitucionales no sólo pueden anular la disposición legal interna por la que se viola un derecho humano en virtud de los convenios internacionales, sino también pueden omitir algo, establecer el debido período de tiempo, y prescribir una legislación obligatoria para la eliminación de la omisión.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Artículo 185. 1. “The Constitutional Court shall decide on the conformity of the laws with the Constitution, constitutional laws and international treaties to which the National Council of the Slovak Republic expressed its assent and which were ratified and promulgated in the manner laid down by law; b) government regulations, generally binding legal regulations of Ministries and other central state administration bodies with the Constitution, with constitutional laws and with international treaties to which the National Council of the Slovak Republic has expressed its assent and which were ratified and promulgated in the manner laid down by laws.” (The Constitution of Slovak Republic)

<sup>16</sup> Artículo 127 “(1) The Constitutional Court shall decide on complaints of natural persons or legal persons if they are pleading the infringement of their fundamental rights or freedoms, or human rights or fundamental freedoms resulting from the international treaty which has been ratified by the Slovak Republic and promulgated in the manner laid down by law, save another court shall decide on the protection of these rights and freedoms. (2) (...) If the infringement of rights and freedoms according to the paragraph 1 emerges from inactivity, the Constitutional Court may order the one who has infringed these rights or freedoms to act in the matter.” (The Constitution of Slovak Republic)

Al igual que en Eslovaquia, la Constitución polaca también admite el control del derecho interno sobre la base del derecho internacional, y es importante destacar que en Polonia este control puede basarse sólo en acuerdos internacionales que habían sido firmados y ratificados por las agencias gubernamentales polacas, y las “normas generales” del derecho internacional (llamados *jus cogens*) no pueden ser utilizadas por los jueces constitucionales para controlar el derecho interno.<sup>17</sup> No obstante, la subordinación del derecho interno al derecho internacional se intensifica de tal manera que los jueces de los tribunales ordinarios pueden solicitar a lo largo de los procedimientos judiciales –con el objetivo de examinar las disposiciones legales– que éstas se apliquen no sólo a base de la Constitución eslovaca, sino también a base del derecho internacional.<sup>18</sup> En comparación con lo anterior, el control del derecho interno por la Constitución eslovena puede llevarse a cabo más ampliamente a base del derecho internacional, puesto que Eslovenia adoptó el modelo alemán en su conjunto; este control se permite no sólo por los tratados internacionales firmados y ratificados por Eslovenia, sino también se basa en las normas generales del derecho internacional.<sup>19</sup>

La Constitución húngara posibilita un control tan amplio del derecho interno como el modelo alemán y esloveno. Había casos en Hungría cuando esta doble base de control favoreció al establecimiento de una mayoría de jueces constitucionales que intentaban controlar el poder constitucional también, y sobre la base de las reglas generales del derecho

<sup>17</sup> Artículo 91 “2. An international agreement ratified upon prior consent granted by statute shall have precedence over statutes if such an agreement cannot be reconciled with the provisions of such statutes. 3. If an agreement ratified by the Republic of Poland, establishing an international organization so provides, the laws established by it shall be applied directly and have precedence in the event of a conflict of laws. (...) Article 188. “The Constitutional Tribunal shall adjudicate regarding the following matters: (...) 2. the conformity of a statute to ratified international agreements whose ratification required prior consent granted by statute.” (The Constitution of the Republic of Poland, April 2nd 1997)

<sup>18</sup> Artículo 193. “Any court may refer a question to the Constitutional Tribunal as to the conformity of a normative act to the Constitution, ratified international agreements or statute, if the answer to such question will determine an issue currently before such court.” (The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997)

<sup>19</sup> Artículo 160. “The Constitutional Court decides on the conformity of laws with the Constitution; on the conformity of laws and other regulations with ratified treaties and with the general principles of the international law.” (The Constitution of the Republic of Slovenia)

internacional (*ius cogens*), estos jueces constitucionales también consideraron posible anular enmiendas constitucionales. El párrafo 3 del artículo Q de la Constitución húngara contiene la posibilidad de controlar el derecho interno a base del derecho internacional, según el cual el Tribunal Constitucional puede, además de los derechos constitucionales fundamentales, controlar la legislación nacional: “Hungria acepta los principios generalmente reconocidos del derecho internacional. Otras fuentes del derecho internacional se convierten en partes del derecho interno después de la promulgación.” La promulgación del derecho internacional no crea ningún conflicto en sí, y no da precedente a ninguna restricción formal de la soberanía estatal, ya que esto ha sido explícitamente aceptado anteriormente por el estado húngaro. Considerando la primacía del *ius cogens* sobre el derecho interno, en caso de ciertas interpretaciones éste hace posible que los jueces constitucionales extiendan su control al propio poder constituyente, de tal manera que puede ser declarada por los jueces constitucionales una nueva constitución posible o enmiendas a la Constitución si consideran algo contrario a las reglas del *ius cogens*. La entonces mayoría del Tribunal Constitucional húngaro tomó justamente esta posición en 2010 cuando declararon en la decisión 61/2011 (VII. 13) AB que entenderían las normas del *ius cogens* del derecho internacional no sólo superior a todo el sistema jurídico, sino también superior al poder constituyente. Con esta interpretación declararon que las futuras enmiendas a la Constitución serían controladas por los jueces constitucionales. El texto exacto de la decisión sigue así: “Las normas y los principios del *ius cogens* del derecho internacional pueden servir de punto de referencia para el seguimiento (...) de las normas y principios del *ius cogens* y sus valores fundamentales juntos constituyen un estándar que toda Constitución y sus enmiendas en el futuro tendrán que cumplir.” (Parte V. 2.2 de la razón). A partir de 2011 esta interpretación –después de intensos debates internos– fue generalmente rechazada por la mayoría de la ampliada Corte Constitucional, pero en la resolución 12/2013 (V. 24) AB volvió a confirmarse.<sup>20</sup> Contra esta interpretación ampliada, en mi opinión, otra

<sup>20</sup> El análisis de los dos estudios escritos por John McGinnis e Ilya Somin puede ser convocado como respaldo. En este análisis se ve el entrelazamiento internacional de fuertes élites políticas que han fracasado en el sistema político nacional, pero siguen siendo fuertes a escala mundial como fuerzas impulsoras detrás de la constitucionalización del derecho internacional. Estas fuerzas son políticamente débiles en su país, y esa es la razón por la que en vez de la democracia tienden a confiarse en las

interpretación similar sobre la soberanía del artículo Q) de la Constitución húngara sólo puede ser que las reglas del *ius cogens* del derecho internacional son una mera adición a la autoridad contratante internacional del Estado húngaro, y no están destinados a someter el poder constitucional a los jueces constitucionales.

## **Distorsiones estructurales de las actividades funcionales de los tribunales constitucionales**

En los capítulos anteriores ya hemos observado una brecha de potencial de distorsión en el campo del control del derecho interno basado en el derecho internacional, pero si nos enfocamos más en el funcionamiento de los tribunales constitucionales, podemos descubrir más prácticas y circunstancias distorsivas. Éstas generalmente se perciben en la extensión multidireccional de su poder, pero hay distorsiones que causa el hecho de que, por razones estructurales, la mayoría de las decisiones no se toman por los propios jueces constitucionales. Las actividades de la determinación del contenido y de la preparación de las decisiones han pasado, en el plano cotidiano, a los diversos aparatos de la corte constitucional. Examinemos más de cerca estas distorsiones.

Antes de analizar las distorsiones que se derivan de la expansión arbitraria de los poderes de los jueces constitucionales, cabe destacar que el control de los tribunales constitucionales fue consolidado sólo con dificultad, dado que esta institución está directamente relacionada con el documento constitucional del poder constitucional y, de esta manera, se posiciona encima de todos los órganos estatales. No existe un poder estatal que pueda encargarse de ello. Esta situación estructural con el paso

---

oligarquías judiciales internacionales: “A final explanation for the rise of raw international law may be its attractiveness to groups that are dissatisfied with the outcomes of the domestic political process. Political scientist Ran Hirschl has suggested that social and political elites have reacted to the rise of democracy in the modern world by constructing more powerful and wide-ranging roles for the judiciary over which they retain substantial influence.” MCGINNIS, John O. – SOMIN, Ilya (2007): Should International Law Be Part of Our Law? *Stanford Law Review*, Vol. 59, No. 5. 1185. Su segundo estudio, en el cual se critica la amplia jurisdicción basada en los derechos humanos: MCGINNIS, John O. – SOMIN, Ilya (2009): International Human Rights and Democracy. *Notre Dame Law Review*, Vol. 84, No. 4. 1739–1798.

del tiempo inevitablemente lleva al hecho de que los jueces constitucionales, considerados irrefutables por su posición superior en la jerarquía del poder, comienzan a interpretar las normas constitucionales y las normativas vacías de una manera cada vez más amplia. Asimismo, en otros casos, utilizando un método alternativo, pueden crear nuevos derechos fundamentales a partir de la lectura de las declaraciones vacías y normativas de la constitución completas, y de estemodo manera, los jueces constitucionales crean paulatinamente una nueva constitución en base a sus interpretaciones. Una forma de este procedimiento alternativo – como se puede observar principalmente en las decisiones de análisis del Tribunal Constitucional de Lituania– es que las decisiones se basan en una fórmula muy completa del estado, a pesar de que también figuran en la Constitución disposiciones específicas para decidir el conflicto. De esta manera, sólo la fórmula de la regla de estado permanece original, y las otras partes de la constitución quedan relegadas. Con este método, se construye paulatinamente una nueva constitución, expandiendo cada vez más los aspectos de la fórmula del estado.<sup>21</sup> La primera mayoría de la Corte Constitucional húngara utilizaba este método también en la década de los noventa, pero los jueces húngaros también adaptaban la práctica de los jueces constitucionales alemanes respecto a la fórmula de la inviolabilidad de la dignidad humana. Más tarde, basándose en ambas fórmulas, esta mayoría en la Corte húngara declaró abiertamente la creación de una “constitución invisible”, y se afirmó que en el futuro cada vez más disposiciones constitucionales nuevas se extraerían de ésta.

Para entender las consecuencias de la incuestionabilidad de las decisiones de la corte constitucional, es importante destacar que en las democracias pluralistas basadas en las continuas luchas de las fuerzas políticas, las anulaciones de los actos parlamentarios por los jueces constitucionales afectan negativamente al partido del gobierno antes de cualquier otro actor político. Por consiguiente, las posiciones de los partidos de la oposición siempre se ven reforzadas por estas decisiones, aun cuando estas decisiones contradigan las disposiciones de la Constitución. De esta manera, sobre todo si la mayoría de los medios de comunicación y los

<sup>21</sup> El concepto del “estado de derecho total” fue introducido como crítica de este desarrollo por el juez constitucional húngaro, Andrew Zs. Varga, véase su libro: VARGA ZS. András (2015): *Eszményből bálvány: A joguralom dogmatikája* [Del ideal al idolo. La dogmática del dominio del derecho]. Budapest, Századvég, especialmente 25–32.

círculos intelectuales influyentes apoyan los partidos de la oposición, el Tribunal Constitucional no debe temer ninguna crítica, a pesar de que la Constitución ha sido ignorada al tomar la decisión concreta. Por el contrario, si estos medios y recursos del poder intelectual están en gran medida detrás de la oposición, los jueces constitucionales se abstendrán de tomar decisiones activistas si, debido a su incuestionabilidad, las sanciones formales no pueden alcanzarlas.

Esta incuestionabilidad puede ser anulada en casos excepcionales si en un ciclo legislativo existe una gran mayoría parlamentaria capaz de crear una enmienda constitucional, y, de esta manera, las anulaciones de los jueces constitucionales pueden ser revisadas y canceladas por los partidos del gobierno. También ocurre la misma casuística cuando no hay suficiente mayoría para realizar una enmienda constitucional, pero la mayoría tiene suficiente poder para llevar a cabo al menos una enmienda de la Ley del Tribunal Constitucional.<sup>22</sup> Sin embargo, dada la fragmentación entre las fuerzas políticas en la mayoría de las democracias europeas, esta posibilidad de resistencia contra los jueces constitucionales apenas existe.

El Tribunal Constitucional constituye así un poderoso órgano, pero examinando su funcionamiento más de cerca, pronto se descubre que en realidad los jueces constitucionales no diseñaban las decisiones solos, sino que también eran apoyados por las diversas secciones del Tribunal Constitucional. Veamos ahora las causas y las consecuencias.

1. La razón más importante de dicho distanciamiento de los jueces de sus propias decisiones se encuentra en el carácter generalista de la práctica de las sentencias constitucionales que va en contra del sistema europeo de los tribunales especializados desarrollados desde principios del siglo XIX. En los Estados Unidos los tribunales generalistas permanecen, y los tribunales superiores y supremos deciden los casos que se toman en cada rama del ordenamiento jurídico. Asimismo, los jueces no están especializados en derecho civil, penal y otros casos. Incluso, si existe un tribunal especializado (por ejemplo, en casos de patentes) en un sector, en un asunto excepcional los jueces de la corte suprema con competencia de juez generalista también toman decisiones en caso de apelación. La adjudicación constitucional se consolidó en los Estados Unidos a principios de 1800, y más

---

<sup>22</sup> Esta fue la situación en Polonia en 2015, y más tarde del uso de esta oportunidad se produjo una lucha de poder entre los jueces constitucionales y la nueva mayoría parlamentaria.

tarde fue introducido en Europa en las primeras décadas del siglo XX; en la actualidad, ya existe una institución en la mayoría de los países europeos. El sistema judicial europeo muestra un perfil altamente especializado, con judicatura especializada y diferenciada –además de la segmentación sectorial de la comunidad jurídica– con componentes fundamentalmente diferentes a la adjudicación constitucional estadounidense. Por supuesto, los jueces constitucionales también cuentan con una competencia limitada, y después de convertirse en miembros del tribunal constitucional, deberían ser capaces de decidir sobre cuestiones de todo el espectro del derecho. Debido a la especialización de un área estrecha, los jueces constitucionales europeos se enfrentan a mayores problemas que sus colegas en los EE.UU.<sup>23</sup> Los jueces de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos generalmente con perfil dominante de la función de adjudicación constitucional, anteriormente habían llevado años desempeñando la función de jueces generalistas a un nivel inferior – paralelamente con las actividades de profesores de derecho. Por consiguiente, debido a su experiencia previa asumir el enfoque del juez constitucional generalista no es un desafío para ellos. Después de todo, deben seguir tratando asuntos criminales, civiles, de propiedad, administrativos, etc., como siempre lo han hecho.

2. En caso de los jueces constitucionales europeos, este problema de competencias se debe al hecho de que permanecen en su posición por un tiempo relativamente corto. En contraste con sus homólogos estadounidenses, que son nombrados sin límite de tiempo, los jueces constitucionales europeos son generalmente elegidos por un corto período de tiempo (9–12 años), restringido aún más por un límite de edad, por lo general 65–70 años. De esta manera, los jueces europeos suelen pasar sólo seis a ocho años en el cargo, en contraposición a los 30–40 años de servicio ininterrumpido de sus homólogos estadounidenses. Una consecuencia de este fenómeno es que la composición de los tribunales constitucionales europeos cambia con frecuencia, y siempre hay dos o tres nuevos jueces que apenas están comenzando el trabajo de toma de decisiones, mientras que una parte de los demás ya han empezado a prepararse para su

<sup>23</sup> Hay algunos problemas institucionales que surgen de la coexistencia de la sentencia constitucionalista generalista y del sistema judicial europeo especializado. Para el análisis de estos problemas véase mi estudio anterior: POKOL Béla (2014): *Generális bírák a specializált bírósági rendszerben. Az európai alkotmánybírók egy dilemmája* [Jueces generalistas en el sistema judicial especializado: uno de los dilemas de los jueces constitucionales europeos]. *Jogelméleti Szemle*, Vol. 15, No. 2. 226–243.

jubilación, prescrita por el límite de edad. En comparación con sus homólogos estadounidenses, las actividades de toma de decisiones de los jueces constitucionales europeos son de un carácter mucho más transitorio, lo que intensifica el problema de competencias derivado del juzgamiento generalista, y crea un efecto desalentador con respecto al replanteamiento de la jurisprudencia existente lo que no aparece en el caso de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En los primeros años después de su elección la meta principal de los jueces constitucionales europeos generalmente es consolidar su dominio de muchos miles de páginas de la jurisprudencia existente, pero sólo en algunas excepciones sobre la base de los valores constitucionales se comprometen a reinterpretar la ley. Por lo tanto, el problema de competencia, que se funde con el impacto de la posición temporal, da los siguientes resultados: la jurisprudencia establecida por los antepasados aparece como una pseudoconstitución, imposible de desechar, y no como una simple jurisprudencia cambiante.

3. Además de estos dos factores de experiencia y de limitaciones temporales, debe destacarse el papel de los secretarios judiciales de los jueces constitucionales europeos, el que es fundamentalmente diferente del papel de sus homólogos estadounidenses. La posibilidad de los propios empleados de la ley, de los jueces, se desarrolló desde principios de 1990 en el Tribunal Supremo de Estados Unidos con el fin de contribuir a la labor de toma de decisiones, y, actualmente hay tres empleados en el caso de los jueces de apelación federales, y cuatro en el caso de los jueces de la Corte Suprema. Estos asistentes judiciales estadounidenses son seleccionados por los magistrados y jueces, entre los estudiantes de las mejores facultades de derecho, y reciben el mandato por un año, aunque en algunos casos esto puede prolongarse con un año adicional. A través de estas condiciones, los secretarios de derecho están claramente subordinados a sus jueces quienes tienen muchos años de experiencia judicial.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> La menor competencia decisoria de los funcionarios de la ley no impide que se incluyan en los trabajos preparatorios de los proyectos: "But what one expects (...) if most judicial opinions are written largely by law clerks (as they are), who are inveterate legalists because they lack the experience, confidence or 'voice' to write a legislative opinion of the kind that judges like Holmes, Carodozo, Hand, Jackson, Traynor, or Friendly wrote. The delegation of judicial opinions writing to law clerks may explain the decline in the number of judges whom anyone would be inclined to call 'great'." POSNER, Richard A. (2011): *Realism about Judges. Northwestern University Law Review*, Vol. 105, No. 2. 583.



La situación es radicalmente diferente en el caso de la relación entre los jueces constitucionales europeos y su personal. Dado que el modelo alemán fue copiado por la mayoría de los tribunales constitucionales europeos, debemos comenzar con la presentación de éste. Este modelo rompió con el esquema “*freshman*” estadounidense, y el personal de los jueces se selecciona entre los jóvenes jueces ordinarios con algunos años de experiencia. El otro cambio fue que no trabajan sólo como empleados legales durante un año, sino también permanecen mucho tiempo en estos puestos.<sup>25</sup> Con estos cambios la relación de los jueces constitucionales y sus funcionarios legales se transforma sustancialmente en comparación con la americana, y la competencia de decisión de los funcionarios llega a la de los jueces constitucionales. No es posible saber exactamente cuál es la proporción de los jueces constitucionales alemanes que pasaron gran parte de la decisión sobre el mérito también a su personal, pero la investigación empírica sobre este tema presenta este fenómeno como un problema grave. Uwe Kranenpohl escribió tras haber entrevistado a los jueces constitucionales alemanes: “Dabei signalisiert der leicht kritische Unterton dieses Gesprächspartner, dass einige Kollegen bei ihm durchaus im Verdacht stehen, ihren Mitarbeitern unangemessen umfangreiche autonome Gestaltungsbereiche einzuräumen. Noch deutlicher bringen dies zwei andere Interviewpartner durch Flucht in Sarkasmus zum Ausdruck: Das hängt eben sehr vom einzelnen Richter ab. Ich glaube, ich kann für mein Dezernat sagen, dass da kein ‘Entzug des gesetzlichen Richters’ stattgefunden hat – aber ich kann das nicht allgemein behaupten.” (Interview No. 6.) “So gibt in der Tat Verfassungsrichter, da muss man davon ausgehen, die unterschreiben jeden Mist, der Ihnen von den Wissenschaftlichen Mitarbeitern vorgelegt wird und kontrollieren das nicht!” (Interview No. 21)<sup>26</sup>

Otro cambio fundamental del modelo alemán, el que también se percibe en el caso de los otros tribunales constitucionales europeos, es que los empleados de la ley no serán reemplazados una vez expirado el plazo de su juez constitucional, sino que permanecen y continúan trabajando junto a los jueces recién llegados y menos expertos, apoyando su transición al

<sup>25</sup> Antes, se podían dedicar cinco o seis años al cargo del personal de la Corte Constitucional alemana, pero últimamente suele durar sólo dos o tres años. (Ver KRANENPOHL, Uwe [2010]: *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willenbildungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*. Köln, Verlag für Sozialwissenschaften, en 106–108.)

<sup>26</sup> Véase KRANENPOHL 2010, 88.

rol. Naturalmente, los recién llegados que enfrentan problemas de competencia elementales en su primer período siguen bajo la tutela de los jueces experimentados, y son ellos quienes guían y educan a los nuevos jueces en el proceso de toma de decisiones. En esta situación, que se ha convertido en generalidad y la que se menciona con ironía por el juez constitucional alemán en la entrevista citada anteriormente, los casos muchas veces serán informalmente transferidos del “juez legal” a los empleados de la ley. El modelo de la continuidad de la plantilla asistente como soporte de los jueces recién elegidos se modifica sólo en casos excepcionales, cuando el nuevo juez constitucional es capaz de independizarse más rápido de lo esperado de la tutela, sea por firmeza de su carácter o por sus conocimientos legales más extendidos. Aparte de las cuestiones de carácter, cabe indicar que el proceso a lo largo del que los candidatos recién elegidos llegan a ser jueces constitucionales competentes puede suponer un período relativamente largo, y naturalmente es lógico no dejar este puesto cinco o seis años más tarde a causa del límite de edad. Sin embargo, el juez constitucional recién elegido puede acercarse a dicha competencia excepcional si su práctica anterior había abarcado amplios campos de derecho, y no sólo se había especializado en un área específica de los conocimientos jurídicos. Sin embargo, incluso en el caso de que se cumplan todas estas condiciones, como juez constitucional siempre hay que tomar en consideración las confrontaciones con los colegas y sus empleados de la ley que se aferran en la solución de diferentes casos a la pseudoconstitución como si fuera la biblia de su trabajo.<sup>27</sup>

4. La cuarta razón de la aparición de una pseudoconstitución en lugar de una jurisprudencia práctica, fundamentada en la original, es la enorme carga de trabajo de los tribunales constitucionales europeos. Arriba nos referimos al hecho de que hay una marcada diferencia entre la carga de trabajo de la Corte Suprema de los Estados Unidos y los tribunales

27

¿Qué tipo de cargos atraerán al juez constitucional recién llegado, que trata de atenerse a la constitución original y sólo secundariamente sigue la jurisprudencia endurecida por la pseudo-constitución, se puede ver en el libro de Kranenpohl: “Gerade das BverfG hat eine starke Neigung, im Sinne der Wahrung von Rechtssicherheit die bisherige Rechtsprechung weitgehend beizubehalten. (...) Schon durch den bloßen Umfang der bisherigen Rechtsprechung sind damit bereits weite verfassungsrechtlich relevante Bereiche vorstrukturiert, was dem Berichterstatter im Regelfall lediglich erlaubt, sich mit seinem Vorschlag innerhalb der bereits formulierten Prinzipien zu bewegen.” (KRANENPOHL 2010, 143.)

constitucionales europeos. Mientras los jueces de la Corte Suprema estadounidense deciden en un promedio en cien casos por año, los jueces constitucionales europeos tienen que ocuparse de miles de casos anualmente. De esta manera, los jueces constitucionales europeos relativamente sobrecargados no sólo se ven limitados en el número de opiniones concurrentes y disidentes que producen; tampoco les sobra tiempo para anular partes de la jurisprudencia previamente establecida a la luz de los valores constitucionales y en base del texto original de la propia Constitución. Este problema ya lo señaló Richard Posner: “The heavier a court’s caseload, the less likely it is to reexamine (...)”<sup>28</sup>

## Resumen y perspectivas

El régimen de estado democrático sufre profundos cambios por la expansión de las competencias de los tribunales constitucionales; además, la actividad judicial de los tribunales ordinarios alejada de las disposiciones legales, y basada más bien en las declaraciones abstractas de la constitución, hace que el concepto de la democracia paulatinamente se vacíe de significado.<sup>29</sup> En tales circunstancias la realidad del funcionamiento del poder estatal se expresa por la construcción conceptual del estado juristocrático, en el cual la dominación del poder proviene de la mayoría de la legislatura y de la esfera ejecutiva, y afecta a los tribunales supremos y al tribunal constitucional. Debido a la ampliación de las competencias de los tribunales constitucionales y de su autonomía aún más extendida por los jueces constitucionales incontrolables, no sólo el control de la ley, sino también la influencia sobre el poder constitucional llega a manos de los jueces constitucionales quienes crean de ello su pseudoconstitución. (A pesar de que esto ocurre a menudo, no por parte de los propios jueces constitucionales, sino más bien en su nombre por parte de los secretarios

<sup>28</sup> EPSTEIN, Lee – LANDES, William M. – POSNER, Richard A. (2010): Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, No. 510. 117.

<sup>29</sup> En este proceso, la posición dominante de la interpretación objetivo-teológica de la ley es un aspecto clave por el cual los jueces serán eliminados de la vinculación a la ley. Para el análisis del logro de esta posición dominante, véase RÜTHERS, Bernd (2014): *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*. Tübingen, Mohr Siebeck, especialmente en 89–94.

de la ley, su aparato permanente.) El estado juristocrático se complementa y se consolida con los trucos de interpretación del poder judicial superior, distanciados de los textos de los actos estatutarios.

El surgimiento de la posición dominante de los tribunales constitucionales requiere un marco conceptual en el que se forma y se extiende más allá del parlamentarismo la tipología del gobierno, el presidencialismo y el semipresidencialismo; se debe conceptualizar la forma juristocrática del gobierno.<sup>30</sup> Además, el traspaso del poder a los tribunales superiores y al tribunal constitucional superpuesto a todas las entidades legales provocó nuevos tipos de conflictos políticos, y la lucha política también infiltró los litigios en la sala del tribunal. Dicho fenómeno ha sido el más marcado en los Estados Unidos, desde principios de los años sesenta, celebrado por los adherentes como la revolución de los derechos. Como defensores de la “causa de la abogacía”, los abogados de afiliación de movimiento tratan de combatir aquellas decisiones de los tribunales basadas en los derechos y libertades constitucionales que no pueden llegar a cambiar por las luchas políticas en el congreso y en la legislatura de los estados federales. Como consecuencia de esta nueva forma política, la selección de los nuevos magistrados ante los tribunales superiores –especialmente ante el tribunal supremo federal– queda saturada de luchas políticas similares a las coyunturas de la elección presidencial. Además, los jueces y magistrados elegidos por las sucesivas administraciones demócratas y republicanas se enfrentan en los procesos de toma de decisiones como “partidos judiciales internos” de las organizaciones jurídicas. En Europa y en otros países del mundo también podemos observar tendencias similares con respecto a la elección de los jueces constitucionales, a pesar de que la influencia de los abogados del movimiento en litigios y en la política en general alcanza el grado de los abogados de los Estados Unidos en las décadas de los sesenta y setenta.

Asimismo, los conceptos de los factores que, según la teoría jurídica, legitiman las decisiones judiciales, también han comenzado a transformarse. Mientras que la legitimidad de una decisión judicial en una

<sup>30</sup> Para un análisis más detallado ver mi trabajo anterior: POKOL, Béla (2017): The Juristocratic Form of Government and its Structural Issues. In EHS, Tamara – NEISSER, Heinrich Hrsg.: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie? Europäische Parameter in Zeiten politischer Umbruch*. Wien, Böhlau. 61–79. En la traducción al polaco: POKOL, Béla (2016): Juristokratyczna same rzadów i jej strukturalne aspekty. *Prawo i Wiedza*, No. 15. 95–113.

democracia está garantizada por el alto grado de vinculación a la ley —creada por la mayoría parlamentaria, basada en los votos de millones de ciudadanos—, en un estado juristocrático, las decisiones jurídicas individuales se infiltran en el corpus de la justicia. La decisión judicial ya no está legitimada por la elección por millones de ciudadanos de la mayoría parlamentaria, solo por su consistencia mínima con ciertos principios jurídicos. Estos principios se desarrollan por los filósofos morales de la intelectualidad crítica, y más tarde se elevan por sus profesores de derecho de afiliación partidaria más definida a la esfera judicial. Así resulta que el concepto del estado de derecho democrático es cada vez menos adecuado para describir esta realidad, y parece más apropiado utilizar el término “estado juristocrático”. En esta situación, por supuesto, existe también otra posibilidad; salvaguardando la idea de un estado democrático, es posible luchar contra las tendencias juristocráticas actuales y por la restauración del estado anterior. Sin embargo, este último sería la tarea de un movimiento político, y la ciencia no puede hacer más que describir el estado de la realidad.

## **La forma juristocrática del gobierno y sus retos estructurales**

La crítica más extendida sobre la actividad de los tribunales constitucionales se refiere a su activismo. Esto, por un lado, significa el traspaso de su autoridad determinada por las disposiciones escritas de la constitución, y, por otro lado, la degradación de la mayoría parlamentaria democrática y la voluntad de millones de ciudadanos que han elegido esta mayoría. Sin embargo, si miramos más allá de la indignación generalizada y recurrente, y observamos las disposiciones de las constituciones creadas en las últimas décadas, podemos observar que estas constituciones y las leyes del propio tribunal constitucional las elevan al nivel de los órganos supremos del poder estatal. De esta manera, el activismo de los tribunales constitucionales en parte se ha legalizado, y su poder es suficientemente amplio para limitar la legislación y la voluntad de los ciudadanos, expresada en las elecciones. Parece que este nuevo y poderoso actor en el poder del estado no puede ser definido dentro del marco teórico existente de las formas de gobierno (presidencialismo o parlamentarismo) porque rompe con los esquemas tradicionales. Más allá de insistir en las antiguas definiciones, proponemos introducir el concepto de una nueva forma de gobierno, basada en el amplio poder de la corte constitucional. Surgen así cuatro aspectos como cuestiones estructurales fundamentales de esta nueva forma de gobierno: 1. el grado de la monopolización del acceso a la corte constitucional a la constitución; 2. la amplitud del poder interpretativo constitucional determinado por las fórmulas generales del texto constitucional; 3. la velocidad de activar su poder en caso de tratarse de la anulación de actos parlamentarios; 4. finalmente, el mandato de los jueces constitucionales limitado por los actores políticos respecto a su reelección.

La importación de la práctica de la adjudicación constitucional estadounidense por parte de los países europeos también impulsó el rediseño de las relaciones de poder entre los órganos estatales centrales. Sin embargo, en el plano teórico, la corte constitucional como nuevo actor del poder estatal fue insertado en el marco de las formas de gobierno previamente

establecidas, es decir, el parlamentarismo o el presidencialismo. Al aparecer los tribunales constitucionales como un foco nuevo, el cambio en el balance del poder se interpretó como crecimiento en la separación de los poderes tradicionales.<sup>31</sup> En el lugar del nacimiento de la adjudicación constitucional, en los Estados Unidos, no había necesidad de transformar las formas establecidas de gobierno porque esta actividad fue desarrollada por los tribunales ordinarios, y éstos fueron vistos como una rama del poder junto a las otras dos ramas principales (la legislativa y la ejecutiva). No obstante, en Europa y en los otros continentes, los tribunales constitucionales están estructuralmente separados de los tribunales ordinarios, y generalmente no se consideran la tercera rama del poder por dos razones importantes. En primer lugar, los nuevos tribunales constitucionales pueden controlar la legislación no sólo durante los procesos litigiosos, sino también mediante la anulación de los nuevos actos parlamentarios, inmediatamente después de su promulgación. Por consiguiente, mientras que en los Estados Unidos la adjudicación constitucional llegó a influir en las batallas políticas centrales y en las leyes creadas en estas batallas pocos años después de la consolidación de su poder, en el caso de los nuevos tribunales constitucionales, su papel en el juego del poder parece más evidente e inmediato. Por otro lado, en los Estados Unidos el control de la sentencia constitucional sobre la legislación y sobre el gobierno es más limitado que en el caso de los nuevos tribunales constitucionales porque las leyes estadounidenses no son anuladas formalmente por los tribunales principales (o, en última instancia, por la corte suprema federal); exclusivamente los tribunales inferiores no tienen competencia para hacer uso de las mismas. En cambio, los nuevos tribunales constitucionales europeos no sólo pueden anular formalmente los actos parlamentarios, sino también dan instrucciones cuyo contenido debe incluirse en la futura ley por mayoría parlamentaria.

A partir de los años cincuenta en Europa y, posteriormente en la década de los ochenta y los noventa en otros continentes se presentó una gran transformación en la estructura del poder público debido a la consolidación de los nuevos tribunales constitucionales. Dicha ola de transformación empezó con el tribunal constitucional alemán, establecido en 1949, capacitado para el control y la anulación de las nuevas leyes, inmediatamente después de su

<sup>31</sup> Para un análisis más detallado de estas preguntas ver mi estudio anterior POKOL Béla (1994): *A magyar parlamentarizmus* [El parlamentarismo húngaro]. Budapest, Cserépfalvi Press, especialmente 11–45.

promulgación en el parlamento, sin ningún proceso judicial preliminar. El tribunal constitucional en Italia, institucionalizado en 1946, también siguió esta tendencia, aunque en este país, el control de los nuevos actos parlamentarios sólo puede ser ejercitado en los procesos judiciales preliminares. No obstante, los jueces pueden detener el proceso judicial y solicitar directamente al tribunal constitucional que anule las disposiciones legales. Por lo tanto, la participación directa de los jueces constitucionales en las luchas de poder estatales se intensificó en comparación con el modelo original estadounidense de adjudicación constitucional. El creciente poder de los tribunales constitucionales realmente culminó en la década de 1980 cuando se extendió a los países de América Latina, y más tarde, en la década de 1990, después del colapso de la Unión Soviética. En el contexto de la misma tendencia, también aparecieron tribunales constitucionales fuertes en varios países asiáticos: por ejemplo, en Taiwán, Corea del Sur y Tailandia.

La teoría constitucional aún no ha reaccionado a estos acontecimientos recientes y la mayoría de las corrientes teóricas sigue interpretando el papel de los tribunales constitucionales como un segmento de la separación de poderes. La actividad de estos tribunales se concibe conceptualmente en las formas de gobierno previamente establecidas, es decir, el parlamentarismo o el presidencialismo. Sin embargo, los procesos políticos reales han roto dichos esquemas teóricos de clasificación, porque en muchos países la actividad de la corte constitucional define de una manera fundamental la estructura del resto del poder estatal. De este modo, solo podemos interpretar correctamente la verdadera estructura del poder estatal (más allá del parlamentarismo y el presidencialismo) si creamos un nuevo modelo de la forma de gobierno que resalte el papel central de la corte constitucional, el llamado gobierno juristocrático. No obstante, antes de comenzar a analizar las características estructurales de este nuevo modelo de gobierno, conviene analizar brevemente los vínculos estructurales entre la corte constitucional y los actores políticos.

## **Tipología de la vinculación política de los jueces constitucionales: dos opciones**

La función de la adjudicación constitucional y los mecanismos de selección de los jueces constitucionales por parte de los políticos implican que la toma de decisiones del tribunal constitucional se vincula con la política. Sin



embargo, estos lazos políticos son diferentes en caso de cada tribunal, y de igual forma, en cada juez constitucional; por lo tanto conviene interpretar la vinculación política siempre a nivel individual. Las investigaciones empíricas examinaron distintas cortes en las diferentes partes del mundo, y el grado de las relaciones políticas individuales de los jueces constitucionales. Colocados en una escala según su intensidad, éstos mostraban un alto grado de dispersión con respecto a la vinculación política de los jueces. No obstante, es posible definir, según su grado de intensidad, dos principales tipos de vinculación individual. Por un lado, encontramos los jueces constitucionales que actúan como activistas de un partido político. En el polo opuesto se encuentran los jueces con una vinculación mínima a la política cuyas decisiones son influidas por valores políticos generales y abstractos de un amplio campo político, pero prescinden de intereses aleatorios y de las opiniones de los partidos. A nivel nacional, el predominio de uno u otro extremo de intensidad de vinculación individual se define por una serie de mecanismos institucionales, restricciones y reglas, aparte de los rasgos de personalidad y preferencias individuales que también desempeñan un papel importante. Pero, antes de analizarlos, parece útil destacar una distinción entre el papel y la función judicial en la Europa continental y estadounidense. Como hemos resaltado previamente, debido a la adopción de la idea de la adjudicación constitucional de América por Europa, los jueces constitucionales europeos están más cerca de la jerarquía judicial estadounidense que de la judicatura ordinaria en Europa.

## **Jueces de carrera y jueces de reconocimiento**

Los jueces europeos son jueces de carrera que entran en el tribunal directamente después de salir del aula de las facultades de derecho, allí se adaptan a sus jefes, los jueces superiores, y van subiendo en el escalafón de la carrera judicial. Durante su carrera están constantemente bajo el control institucional, y los mecanismos de evaluación miden el porcentaje de apelaciones exitosas contra sus sentencias; en caso de un alto nivel de porcentaje se sancionan con retención de carrera y con otras medidas punitivas. En contraste, los jueces norteamericanos, por regla general, son jueces de reconocimiento a quienes eligen a los tribunales después de haber hecho una carrera reconocida en otros campos jurídicos. De esta manera, los jueces de reconocimiento al obtener su posición ya tienen muchos años de

experiencia práctica acumulada, y, generalmente, los nombran para puestos específicos, en la mayoría de los casos de por vida, pero sin opciones de promoción, especialmente a nivel federal. Tanto en los Estados Unidos como en Europa todas las condiciones institucionales se regulan por la ley; por lo tanto, la posibilidad de ejercer influencia por parte de los jueces queda limitada tanto dentro del poder judicial, como fuera del mismo. Sin embargo, mientras que en Europa por la relativa brevedad del período que los jueces de carrera pasan en su cargo, los políticos están menos interesados en influir en su selección. En cambio, como en los Estados Unidos la selección de los jueces y el nombramiento de los jueces de reconocimiento –en particular en los niveles superiores del poder judicial y el sistema judicial federal– tiene mayor importancia para los políticos, esta selección se lleva a cabo por políticos. Por consiguiente, el reconocimiento de la capacidad jurídica previa de los nominados también se convierte en un reconocimiento por parte de los políticos. Entre estas circunstancias los jueces europeos de carrera están menos politizados, pero el poder judicial también se caracteriza por los rasgos organizativos de la burocracia estatal. Por ende, los jueces europeos, puestos en el centro del poder estatal, tienen una función más sometida, mientras que los jueces de reconocimiento en los Estados Unidos, que tienen una mayor autonomía organizativa, están más profundamente politizados, y la toma de decisiones de los jueces individuales es más independiente del colectivo de la corte que en el caso de sus homólogos europeos.<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Tom Ginsburg y Nuno Garoupa analizan los dos tipos de poder judicial: “The distinction between career and recognition judiciaries is useful to identify general approaches to the balance between independence and accountability. (...) Career systems emphasize collective reputation (in which internal audience prevail over external audiences); recognition systems emphasize individual reputation (thus targeting more openly external audiences). Collective reputation emphasizes collegial aspects of the judicial profession. Individual reputation depends in part on the primary social function of the judiciary, such as social control, dispute resolution or lawmaking. We believe that collective reputation dominates when the legal system emphasize social control (...). In constitutional law, where lawmaking is presumably the dominant function of judges engaging with the grand principles of democratic governance in high-stakes issues, most common and civil law jurisdiction use recognition judiciaries. On the other hand in many areas of the administrative law, where social control of lower officials is the more relevant consideration, both common and civil law jurisdictions have shown a strong preference for career judiciaries. (...) Career judiciaries resemble a bureaucracy, and so raise issues of shirking and sabotage of the agency’s mission that are familiar to organizational theorists. Not surprisingly

En lo que concierne a los mecanismos de selección, la elección de los jueces constitucionales europeos responde al reconocimiento de sus cualidades individuales, al igual que en el caso de los jueces norteamericanos, por lo que la característica del “juez de reconocimiento” puede extenderse a ellos también: “Constitutional judges belong to the recognition judiciary, appointed at senior stages in their careers, while ordinary judges are members of career judiciary, appointed at young ages and spending their whole lives in the job. In many cases, the appointment mechanisms of constitutional courts will be perceived as more political than those of the supreme court justices.”<sup>33</sup> Después de esta presentación general de la intensidad de la vinculación política individual de los jueces y las diferencias básicas entre las cortes europeas y estadounidenses, procederemos a analizar más detalladamente el activismo político individual de los jueces constitucionales.

## **Jueces constitucionales con vinculación política inmediata y activismo partidario**

La politización más firme de la corte constitucional y de los jueces en comparación con los tribunales ordinarios es un fenómeno que subrayan muchos estudios empíricos, y queda igualmente patente que existen países y períodos en los cuales puede detectarse un mayor grado de politización

---

we observe a formal reliance on codes and significant procedural limitations to constrain the judges, limit their ability to sabotage the law, and decrease the costs of monitoring their performance. As a result, a career judiciary is methodologically conservative and systematically unadventurous, and unwilling to acknowledge its role in lawmaking. (...) Recognition judiciaries are different. They are dominated by lateral entry; and promotion is of little significance to the individual judge. Since ex ante quality is easier to observe, judges are less constrained and tend to apply more flexible standards as opposed to clear rules. There are two possible behavioral consequences for the recognition model. First, the judiciary is more politicized (but not necessarily more democratic since it might not follow the legislator). Second, recognition judiciaries will be more creative in establishing and developing precedents (presumably inducing higher rates of reversal.)” GROUPA, Nuno – GINSBURG, Tom (2011): Hybrid Judicial Career Structures: Reputation v. Legal Tradition. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, No. 567. 6–7.

<sup>33</sup> Véase: GROUPA, Nuno – GINSBURG, Tom (2011): Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences. *28 Arizona Journal of International and Comparative Law*, No. 547.

que en otros estados o períodos históricos. Previamente, resumimos las diferentes interpretaciones de los principales movimientos teóricos acerca del grado de la politización individual. También hemos afirmado que la escuela behaviorista (o actitudinalista) interpretaba las decisiones de los tribunales constitucionales estableciendo relación con las preferencias políticas individuales de los jueces, mientras que la escuela de acción estratégica atribuía solamente una fuerza reducida a las preferencias políticas, y reconocía el papel de otros aspectos al determinar la decisión de los jueces que reducen el impacto de las preferencias políticas. A nuestro juicio, y teniendo en cuenta todos los tribunales constitucionales y jueces, la segunda escuela tenía razón, puesto que las preferencias políticas de los jueces no tienen un papel tan importante, sin embargo, en caso de los jueces más politizados esto puede ser cierto. Por lo tanto, considero que podemos interpretar estas dos escuelas no sólo como dos diferentes explicaciones de las decisiones de la corte constitucional, sino también como dos grados (o niveles) reales de la politización de los jueces constitucionales.

Con dicha enmienda sobre las dos interpretaciones teóricas básicas, que surgieron como una explicación de los tribunales ordinarios americanos, hay que tener en consideración que cada tribunal constitucional europeo puede ser analizado respecto a su nivel de politización como uno de los dos tipos mencionados. Esto queda aún más evidente en los casos en los que los jueces constitucionales permanecen fuertemente ligados a los partidos políticos dominantes en sus condiciones existenciales, debido a los arreglos institucionales y reglamentarios. En estas circunstancias, la dependencia de los jueces origina el predominio de tipo activista político-partidario. En cambio, cuando las disposiciones institucionales ofrecen un contexto de carrera más equilibrado y autónomo, por regla general, la intensa vinculación individual política está ausente, y se mantienen solamente algunos lazos reducidos con la política. En un tercer caso, el apego de los jueces constitucionales a sus partidos nominadores aparece únicamente en relación con los valores políticos, y esta flexible vinculación hace posible que los jueces constitucionales que materializan las disposiciones de la constitución, desarrollen pistas sólidas al caso, y proporcionen apoyo en el propio proceso a sus compañeros. En el caso de la unión libre, los jueces constitucionales siempre tratan de votar sobre la base de la jurisprudencia creada por ellos, y su toma de decisiones está influenciada sólo por los valores políticos, pero no por los simples intereses de un partido político. En contraste, los jueces constitucionales con un alto grado de vínculos

partidarios, no se preocupan por las normas de jurisprudencia y ni siquiera siguen los casos que no son políticamente importantes; dejan la mayoría del trabajo legislativo preparatorio al personal técnico y, si en un caso un juez se designa juez-relator en un caso, los asuntos sin relevancia en el ámbito político que entrega a su personal para la creación de un proyecto, no toman en consideración que los aspectos de dicho proyecto encajen en el marco de la jurisprudencia. Este tipo de juez constitucional se pone activo sólo en casos políticamente importantes, cuando su única preocupación es el interés del partido político que le había nombrado.

Los prototipos de jueces con vinculación política inmediata y vinculación de valor político generalizado son fáciles de reconocer en la práctica cotidiana, y podemos definir el carácter político de cada juez constitucional según estas dos categorías principales: observando su actitud de decisión por un período más prolongado, incluyendo sus opiniones separadas y la coherencia entre ellas, como en el caso de un juez con vínculos estrechos con un partido, cuando probablemente se nota más la falta de coherencia en su actitud de toma de decisiones.

No obstante, estos dos extremos de la afiliación política –y la cuestión de la afiliación política en general– no aparecen de una manera tan clara en todas las decisiones de los tribunales constitucionales. En la práctica legislativa esta afiliación se activa en diferentes grados en ciertos asuntos de los tribunales. En los tribunales constitucionales europeos la menor limitación política puede observarse en los casos de reclamaciones constitucionales contra las decisiones judiciales ordinarias. Aunque es posible que una queja constitucional contra una decisión judicial en un caso de corrupción de un líder de un partido importante o en un caso criminal que afecta a toda la dirección de un partido político, perjudique especialmente intereses importantes y valores políticos; sin embargo, estos asuntos, por regla general, son apolíticos, y los lazos políticos opuestos dentro del tribunal constitucional no se activan. En estos casos, la toma de decisiones es claramente de naturaleza jurídica, menos contaminada por consideraciones políticas generales, se define más por antagonismos particulares dentro del cuerpo, y durante el proceso se activan más bien las antipatías y simpatías personales, las consideraciones de prestigio, etc.

La vinculación política individual se pone de manifiesto en los casos de revisión constitucional posterior, cuando el objeto de la decisión es la anulación de una disposición legal o de un acto legislativo completo. Esto puede ocurrir si originalmente sólo se refutó una decisión judicial, pero

como consecuencia surgió la anulación de la disposición legal, la que sirvió de base de esta decisión judicial. En ese momento puede ser que la división política dentro del tribunal constitucional entre en juego, y profundice la existente división entre los miembros más unidos a partidos y los jueces de principios políticos más abstractos. Eventualmente, la orientación política más fuerte entra en juego en los casos de la revisión constitucional preliminar. En estos asuntos es posible que los jueces constitucionales asuman el papel generalmente reservado a los diputados de la oposición, y los actos legislativos –cuya creación anterior no la podían bloquear estos diputados de posición minoritaria– se anulen por la mayoría de los jueces constitucionales. Es decir, mientras que el recurso constitucional contra las decisiones judiciales vuelve a los procesos de toma de decisiones más legales, el posterior examen constitucional, y particularmente el preliminar, pueden provocar un mayor grado de politización.<sup>34</sup>

Los estudios empíricos suelen limitarse a la identificación de la vinculación política sin distinción; no hemos encontrado datos sobre su división numérica. La falta de datos estadísticos puede ser la consecuencia del hecho de que la meta principal de la investigación comparativa de Nuno Garoupa y Tom Ginsburg, determinante en este campo teórico, es demostrar la mayor frecuencia de los lazos políticos limitados que se cruzan con las restricciones de las condiciones institucionales, en contraste con la explicación de la escuela conductista que afirma la determinación total de las decisiones judiciales por sus lazos políticos. Por lo tanto, descuidan el análisis sistemático de la posibilidad de la vinculación política en dos niveles diferentes. A pesar de esto, es posible encontrar algunos datos que demuestran dicho fenómeno en los trabajos de investigación sobre el tema. Por ejemplo, los jueces constitucionales españoles muestran

<sup>34</sup> El punto de partida de Nuno Garoupa y sus coautores de que estos fenómenos con respecto a la adjudicación constitucional pueden considerarse válidos en el mundo entero, es confirmado por: “Whereas concrete review ‘judicializes’ constitutional courts, preventive review has the opposite effect. Mere preventive review makes a constitutional court less judicial and more political in nature.” GAROUPA, Nuno (2011): *Empirical Legal Studies and Constitutional Courts*. *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 3. Otra investigación empírica mostró el alto nivel de afiliación partidaria en el caso de la revisión preventiva: “There is a high correlation between party affiliation and voting, with respect to preventive review.” AMARAL-GARCIA, Sofia – GAROUPA, Nuno – GREMBI, Veronica (2008): *Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal*. *Illinois Law and Economics Research Papers Series*, Research Paper, No. LE08-021. 9.(2008)

un alto grado de vinculación partidaria en su comportamiento electoral, y otra investigación prueba que esta afiliación partidista es más fuerte en aquellos casos en los que la motivación política de los jueces se ve más directamente afectada. En caso contrario, la afiliación directa al partido queda relegada a segundo plano, y se pone de relieve la vinculación política a los valores políticos generales. Un ejemplo claro es cuando la Corte Constitucional española decide las disputas entre el Estado español y las divisiones regionales unificadas, como Cataluña y el territorio vasco, que pretenden lograr una autonomía. En otros casos, los vínculos de los jueces con los partidos políticos, que los nombran, se ven reducidos, y las divisiones a nivel de los valores políticos resultan notorias: “Our paper, looking at how judges vote, also indicates that Spanish constitutional judges are less likely to vote to party interests in the presence of strong regional or national interests.”<sup>35</sup> Al examinar el Tribunal Constitucional portugués, resulta aún más claro que la vinculación política de los jueces constitucionales puede ser diferente, y mientras que en el caso de un grupo de jueces esta vinculación puede ser muy fuerte apareciendo en forma de afiliación directa al partido, otro grupo de jueces tiene sólo un carácter vinculante a nivel de valores políticos. En una investigación realizada en 2008, Nuno Garoupa y su equipo de investigación afirman que el comportamiento de voto de los jueces constitucionales portugueses, que fueron nominados a la corte constitucional por partidos de izquierda (socialistas o comunistas), muestra una vinculación partidaria más tangible que el de los jueces nominados por los partidos de la derecha (demócratas cristianos y conservadores): “We have shown that there is a strong association between being affiliated with the left-wing party (socialists and communists) and voting unconstitutionality, whereas the association between the right-wing parties (conservatives and Christian-democrats) and voting is weak. These results are confirmed when we look at voting according to party interests and legislation that have also been endorsed by the party with which the constitutional judge is suppose to be affiliated.”<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Véase: GAROUPA, Nuno – GOMEZ-POMAR, Fernando – GREMBI, Veronica (2011): Judging Under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court. *Illinois Law, Behavior and Social Science Research Papers Series*, Research Paper, No. LBSS11-22. Fuente: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1833737](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1833737) (consulta: 2017. 10. 12.), en 5.

<sup>36</sup> Véase: AMARAL-GARCIA-GAROUPA-GREMBI 2008.

## Aspectos estructurales de la forma jurídica del gobierno

El punto decisivo en la transformación de un simple actor del sistema de controles y equilibrios en la forma de gobierno de los tribunales constitucionales, es su competencia para anular actos parlamentarios inmediatamente después de su formulación. Este es un punto crucial puesto que los jueces constitucionales de esta manera pueden convertirse en participantes y agentes directos de las luchas políticas entre los actores democráticamente elegidos. En las democracias fundamentadas en la competencia política, la oposición parlamentaria y, eventualmente, los demás actores públicos que se oponen a la mayoría parlamentaria y a su gobierno —especialmente los órganos gubernamentales locales o, en los estados federales, los gobiernos nacionales/regionales, los parlamentos locales etc.— tienen derecho constitucional a bloquear la mayoría parlamentaria y la actividad gubernamental. De esta manera, las fuerzas políticas opuestas que se encuentran detrás de la corte constitucional, pueden imponer su voluntad, de manera total o parcial, a la mayoría gubernamental. Este fenómeno, la aparición de la forma jurisprudencial de la gobernanza que existe junto a la mayoría parlamentaria suprimida bajo la forma de un sistema semiparlamentario, va más allá de la estructura definida como parlamentarismo. En los sistemas semipresidenciales también existen tendencias similares respecto a la creación de formas mixtas de gobierno. De hecho, aunque en su nombre no está explícitamente enfatizado, el sistema semipresidencial siempre se caracteriza por una contrafuerza en el semipartidarismo. En otras palabras, estas dos formas de gobierno operan en la coexistencia y, el poderoso jefe de estado tiene que luchar permanentemente con la mayoría parlamentaria y su primer ministro. Esta cogobernanza no provoca tensiones considerables si existen partidos políticos nacionales más o menos centralizados, y la posición del jefe de estado y del primer ministro se ocupa por el mismo partido político. En este caso, la forma mixta de gobierno generalmente funciona de una manera suave. Sin embargo, si entretanto ha cambiada la opinión pública, y estos cargos son ocupados por líderes políticos de los grupos opuestos en ambas elecciones, pueden surgir continuas luchas políticas públicas entre el jefe de estado, la mayoría parlamentaria y el primer ministro. Dicho fenómeno apareció por primera vez, y más claramente, cuando en 1958, en Francia se creó el sistema llamado la Quinta República; esta gobernación conjunta de los enemigos políticos es lo que en general se llama cohabitación.



La forma jurisprudencial del gobierno puede verse en una situación similar de dominancia compartida por partidos enemigos. Esto puede ocurrir si la mayoría de los jueces constitucionales completa su función por un período de tiempo más largo con preferencias políticas estables (impulsadas por el método de elección a estas posiciones de una mayoría parlamentaria anterior) que contrastan claramente con las de una nueva mayoría parlamentaria. En esta situación, la nueva mayoría parlamentaria y su gobierno se ven continuamente impedidos de seguir las directrices de su programa por la interpretación constitucional existente y por la jurisprudencia constitucional ejercida a esta base. Cuando los dos bandos comparten más o menos sus valores políticos, no surgen tensiones serias entre la mayoría parlamentaria y la mayoría de la corte constitucional, y solamente se pueden dar casos de conflictos menores en el control de la legislación. Un cambio radical en las preferencias políticas de la mayoría parlamentaria puede llevar a luchas agudas dentro de la cohabitación de las dos formas mixtas de gobierno. En este caso la nueva mayoría parlamentaria, con millones de personas que los ha elegido, se enfrenta a una realidad en la que no existe la oportunidad de cumplir con las promesas electorales. Una mayoría del tribunal constitucional, elegido para estos puestos por las anteriores fuerzas políticas dominantes, generalmente tiene la capacidad de anular todas las leyes nuevas, y las minorías parlamentarias pueden dominar a través del tribunal constitucional, a pesar de sus fracasos electorales. En esta situación del sistema mixto de semi-presidencialismo, como por ejemplo en Francia, será una consecuencia natural que las posiciones opuestas comiencen a buscar una salida, y al cabo de un tiempo el jefe de estado planee la disolución del parlamento, si percibe que hay un cambio en la opinión pública, y en una nueva elección su campo político tiene posibilidades de triunfar. Al mismo tiempo, el primer ministro opositor y su mayoría parlamentaria tratan de bloquear las instituciones junto al jefe de estado a fin de reducir las posibilidades del lado opuesto. En lo que concierne a la corte constitucional, esta situación de convivencia se ha dado con mayor intensidad sólo en las últimas décadas; la relativa calma en el último medio siglo se debe al hecho de que la estabilidad y prosperidad económica y demográfica en Europa y en toda la civilización occidental (América, Australia) determinó un período de calma excepcional en la historia mundial. De este modo, el marco constitucional consolidado y el valor vinculante de la preferencia política de los partidos políticos se los empujó al centro, y no

había mucha probabilidad de que las elecciones parlamentarias condujeran a cambios radicales. La alternancia de los partidos políticos en el gobierno se debía, en general, al cambio programado entre la derecha y la izquierda del mismo centro político. Así no había tanta diferencia entre las preferencias políticas de la mayoría de la corte constitucional y las de la cambiante mayoría de los gobiernos parlamentarios los que siempre provenían del centro político. No obstante, este balance, al parecer, ha entrado en una fase de desintegración por dos razones principales. En primer lugar, en los países occidentales el control de los subsistemas sociales ha sufrido una transformación radical en las últimas décadas, y el sector bancario y financiero ha adquirido un control sin precedente sobre toda la sociedad (los medios de comunicación, las artes, los subsistemas culturales, la investigación científica y el comercialización en el ámbito militar, etc.).<sup>37</sup> Sin embargo, el crecimiento de su poder también ha desembocado en distorsiones estructurales tan graves que desde el estallido de la crisis financiera y económica en 2008, toda la civilización occidental parece haber llegado a un callejón evolutivo sin salida. Esta crisis está exacerbada por otra, por una crisis demográfica más profunda. Aunque este último ha venido agudizándose desde hace pocas décadas, sus consecuencias han aumentado dramáticamente en los últimos años. Debido a la disminución de la población de los países occidentales, y como consecuencia, de la mano de obra disponible, millones de trabajadores inmigrantes han llenado el vacío de empleo, provenientes principalmente de los países islámicos. Debido a su alto índice de natalidad y a los procesos de unificación familiar en auge, el número de los habitantes musulmanes de las principales ciudades de Europa occidental se ha incrementado a 23 millones; por sus circunstancias socio-económicas y por los fracasos de las políticas integracionistas, estas comunidades se han consolidado en sociedades paralelas. Las tensiones y los conflictos recurrentes entre la cultura cristiana de la población europea y la población musulmana se han convertido en la principal división política en la mayoría de los

<sup>37</sup> Véase el análisis de este tema: BIELER, Andreas – MORTON, A. D. eds. (2001): *Social Forces in the Making of the New Europe*. Hampshire, Palgrave Macmillan. 47–69.; CARROLL, William C. – CARSON, Colin (2003): Forging a New Hegemony? The Role of Transnational Policy Groups in the Network and Discourses of Global Corporate Governance. *Journal of World-Systems Research*, Vol. 9, No. 1. 67–102.; y SMITH, D. A. – Böröcz J. eds. (1995): *The New World Order? Global Transformation in the Late Twentieth Century*. Westport–London, Greenwood.

países de Europa occidental en los últimos años. La continua llegada de masas de inmigrantes islámicos y la inercia de los partidos políticos del centro incrementan la popularidad de los partidos radicales que quedaban marginados en el pasado. Considerando las tensiones producidas por la migración y la crisis demográfica, parece muy posible que en unos pocos años las nuevas fuerzas políticas radicales reemplacen a los partidos centrales tradicionales. De esta manera, la diferencia entre las nuevas mayorías parlamentarias y las preferencias políticas de los tribunales constitucionales en los países europeos puede preverse en un futuro próximo. Esto puede provocar tensiones entre las dos formas mixtas de gobierno que hasta ahora han existido sólo en papel como parte de la constitución.

Pudimos observar una coyuntura similar recientemente en Polonia. En este país había una alternancia política durante varios ciclos parlamentarios, con la gobernanza alternada de un partido de izquierda y un partido de centro-derecha. Posteriormente, en 2015, el Partido de la Verdad y el Orden, una radical fuerza política nacional-cristiana, obtuvo la mayoría en el parlamento. Esta situación puso de relieve el agudo contraste entre las preferencias políticas de los jueces constitucionales y las de la nueva mayoría parlamentaria. Para realizar su programa, la nueva mayoría del gobierno polaco intentaba neutralizar o, al menos, reducir la resistencia de las fuerzas de la forma juristocrática de gobierno. Por ejemplo, aprovechando un paso erróneo de la mayoría del gobierno anterior, que ocupaba ilegalmente los puestos de la corte constitucional, la nueva mayoría parlamentaria eligió a cinco nuevos miembros para la corte y, con la ayuda del jefe de estado, proveniente de su campo político, nombró en el lugar de los previamente elegidos a estos nuevos miembros, siguiendo un proceso legal. Por otra parte, para neutralizar a la mayoría de los jueces constitucionales de la oposición, la nueva mayoría parlamentaria modificó la ley sobre el Tribunal Constitucional, y requería mayoría de dos tercios para la anulación de los actos parlamentarios por los jueces constitucionales. El paso siguiente en la defensa de los jueces constitucionales fue que se introdujo una moratoria de seis meses, y los jueces podían comenzar a controlar las nuevas leyes solamente una vez transcurrido dicho período. Con la explicación teórica que permite interpretar conjuntamente la coexistencia de la forma de gobierno de la jurisprudencia y el medio de gobierno de la mayoría parlamentaria, estas regulaciones pueden ser analizadas como acontecimientos emocionantes, por lo menos mientras ambas partes eviten la violación de las reglas de la coestión. No obstante, si no podemos

distinguir entre las dos formas mixtas de gobierno, y no las interpretamos como partes de la forma parlamentaria de gobierno y la separación de poderes, estas regulaciones pueden ser erróneamente entendidas como abuso de poder.

El punto crucial en la consolidación de la forma de gobierno jurisprudencial es cuando se produce el cambio, y el tribunal constitucional puede anular las nuevas leyes de la mayoría parlamentaria inmediatamente después de su formulación. Con el ejercicio de esta facultad jurídica, los jueces constitucionales entran en el centro del poder estatal. A pesar de esto, el peso real de todos los bandos en la política depende de varios factores.

1. Con el fin de evaluar el poder de un actor jurídico, utilizado contra la mayoría parlamentaria y su gobierno, el aspecto más importante es el grado de la monopolización de su acceso a la constitución. El acceso directo a la constitución conceptualmente se deriva de la función de la corte constitucional, por lo que no requiere una explicación. Vale la pena examinar si la mayoría parlamentaria dispone de una competencia para anular las decisiones de los jueces constitucionales o para cambiar sus condiciones de organización. A este respecto existen grandes diferencias entre los distintos países. Sin embargo, en última instancia, depende de la medida del poder ejercido por el tribunal constitucional sobre la mayoría parlamentaria, variando entre la supresión total de la mayoría y un ejercicio de influencia moderada. Cuanto más difícil es enmendar la constitución a la mayoría parlamentaria, o cambiar las leyes en la corte constitucional, mayor será el grado de acceso monopolizado de la corte constitucional a la constitución. En caso contrario, si la enmienda constitucional, o al menos el proceso de reescribir la ley sobre las condiciones de organización de la corte constitucional por parte de la mayoría parlamentaria es más moderado, el peso del poder jurídico contra la mayoría parlamentaria es mucho menos definitivo. De esta manera, se realiza una versión moderada de la supresión total del parlamentarismo. El caso de la constitución austriaca es un buen ejemplo del primer tipo de influencia inmediata, ya que su enmienda sólo requiere el voto de la mayoría de todos los miembros del parlamento, y la decisión del Tribunal Constitucional de Austria ha sido neutralizada en repetidas ocasiones por una correspondiente modificación de la propia constitución. En Hungría, la enmienda constitucional requiere dos tercios de los votos de todos los diputados, y cuando en el período 2010–2015 la mayoría del gobierno disponía de esta mayoría cualificada, la neutralización de las decisiones de los jueces constitucionales

ocasionalmente se llevaba a cabo por vía de la enmienda de la constitución. En Polonia, la vía de la enmienda constitucional es similar a la de Hungría, pero cambiar la ley sobre las condiciones de organización de los jueces constitucionales es más fácil, puesto que supone una simple mayoría parlamentaria. Así, cuando en la elección parlamentaria de 2015 se estableció una mayoría parlamentaria con valores políticos radicalmente diferentes a la interpretación constitucional de los jueces constitucionales elegidos durante el ciclo anterior, la nueva mayoría parlamentaria polaca contaba con suficientes medios legales para modificar la mayoría opuesta del Tribunal Constitucional. En varios países, sin embargo, existen condiciones más exigentes para cambiar la constitución o, al menos, para reescribir las leyes de la corte constitucional; por lo tanto, la forma jurídica del gobierno puede tener una posición más fuerte contra la mayoría parlamentaria que en Polonia.

2. El poder del tribunal constitucional aumenta con el crecimiento de su acceso monopolizado a la constitución. Este crecimiento de dominancia puede ser aún más exponencial si el texto de la constitución fue formulado en declaraciones generales y principios borrosos. De esta manera, en ausencia de una definición de control textual precisa, tales fórmulas vagas facilitan la transformación de la teoría y la práctica constitucional. Para su mejor entendimiento comparemos, por ejemplo, los derechos y libertades recopilados minuciosamente en la Constitución de los Estados Unidos con las disposiciones generales de la constitución alemana que contiene fórmulas tan imprecisas como el derecho a la “expansión total de la personalidad”, o la frase según la cual “la dignidad humana es inviolable”. En este último caso, el tribunal constitucional puede decidir sin haber determinado prácticamente alguna normativa y, por falta de un contenido normativo, la mayoría de los jueces constitucionales pueden interpretar libremente el significado práctico de la constitución. En cambio, si las disposiciones de la constitución son redactadas con precisión, el poder interpretativo de los jueces constitucionales resulta más limitado. Por consiguiente, si el tribunal constitucional de un país tiene un alto grado de acceso monopolizado a la constitución y, además, el texto de la constitución contiene directrices y normativas generales vacías, el poder de interpretación de los jueces constitucionales puede ser todavía más amplio. En casos tan extremos este cuerpo jurídico puede llegar a ser considerado como el poder constituyente del país. Pero si la mayoría parlamentaria tiene un camino fácil para la modificación de la constitución o

de las leyes sobre el tribunal constitucional, y el empoderamiento de los jueces constitucionales se fundamenta en una formulación constitucional precisa, se suprime el poder de la forma de gobierno juristocrático, y las instituciones del parlamentarismo tienen la posibilidad de contrarrestar la influencia contraria del tribunal constitucional

Otra cuestión que define la relación de los jueces constitucionales con la constitución y el poder estatal, es si la reforma de la constitución puede ser revisada por los jueces constitucionales. Esta opción surgió en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, con la fundación del primer tribunal constitucional en Europa, de poder considerable. Las condiciones históricas de su creación favorecían al hecho de que el gobierno militar de ocupación estadounidense tuviera más fe en el tribunal constitucional compuesto por abogados de confianza y repatriados de los Estados Unidos, que en una democracia de masas, elegida por el voto electoral directo de millones de alemanes. En esta atmósfera la Corte Constitucional alemana amplió su competencia de la manera que todo el capítulo de los derechos fundamentales se declaró intocable por la enmienda constitucional. Esta enmienda de inviolabilidad dio impulso a otros países para que, a diferencia de la idea original de la Constitución estadounidense, la revisión de las enmiendas constitucionales se preservara bajo la autoridad del tribunal constitucional. Esta moción ya equivale a una abierta toma del poder constituyente, puesto que, en este caso, el acceso monopolizado del tribunal constitucional a la constitución se convierte en casi exclusivo. Este paso definitivo hacia la exclusividad de acceso y modificación, sin embargo, fue realizado por sólo algunos tribunales constitucionales. En 2011 hubo un experimento en Hungría por parte de los jueces constitucionales para anular por completo la nueva constitución. Como la moción de anulación fue rechazada por una mínima mayoría de la corte constitucional, el poder constituyente reguló explícitamente esta opción de tal manera que limitara esencialmente la posibilidad de evitar tal intento.<sup>38</sup> Dentro de este tema particular otra cuestión es si la constitución de un país –también siguiendo las disposiciones relevantes del modelo alemán a este respecto– contiene la garantía de la competencia del tribunal constitucional para revisar el derecho interno, comparándolo con las reglas generales del derecho

---

<sup>38</sup> Véase: “The Constitutional Court can review the amendments to the Basic Law and the Basic Law itself only in respect of the procedures provided for in the Constitution.” Hungarian Basic Law, Art. 24 (5).

internacional. La constitución interna y sus enmiendas en este caso pueden ser revisadas por los jueces constitucionales a base de los principios generales y las normas del derecho internacional. Como no existe una codificación de estos principios generales, los jueces constitucionales pueden decidir lo que estimen oportuno. En Hungría la posibilidad de esta anulación fue declarada ya en 2011 por la mayoría anterior del Tribunal Constitucional.

3. La velocidad de activar la competencia para anular los actos parlamentarios es la tercera cuestión estructural más importante de la forma de gobierno jurisprudencial. El tribunal constitucional con el acceso monopolizado a la constitución y al amplio poder de interpretación, facilitado por las fórmulas vacías y generalizadoras de la constitución, ya puede alcanzar un alto nivel de dominación. Esta prevalencia, sin embargo, llega a su máximo grado sólo se con el aumento de la velocidad de activar la competencia procedente de su constitución para anular actos parlamentarios. Esto puede suceder si todos los partidos de la oposición o todos los diputados tienen derecho a impugnar cualquier ley y, de esta manera, el tribunal constitucional puede anular todas las leyes nuevas inmediatamente después de su publicación. Otra cuestión secundaria es el alcance de la revisión hecha por un tribunal constitucional determinado para pedir la anulación. Es posible que este acto sólo signifique un requisito formal necesario y, una vez que haya tenido lugar el tribunal constitucional puede incluir leyes adicionales y sus disposiciones en revisión, simplemente declarando la relación entre ellas. Incluso aquí hay altas posibilidades de mejorar, si el tribunal constitucional tiene el derecho de oficio a iniciar la revisión de la nueva ley, a través de la cual el proceso de anulación puede ser activado a su voluntad. De esta manera, la mayoría de los jueces constitucionales de vinculación política opuesta pueden anular leyes y medidas de la mayoría parlamentaria. Existe una gran variedad de regulaciones al respecto; hay países donde el peso de las instituciones jurídicas se incrementa debido a esto y otros donde, a la inversa, la mayoría parlamentaria puede conservar alguna oportunidad de resistir. Por ejemplo, gracias al reglamento de la Constitución húngara anterior, los jueces constitucionales gozaban de mayor libertad en este aspecto, y todas las personas naturales tenían derecho, mediante la llamada “acción popular”, a solicitar al tribunal constitucional que revisara la nueva ley. Antes había precedentes de que los jueces constitucionales deseaban anular una nueva ley que nadie impugnaba, tenía que aparecer rápidamente la esposa de uno de los

secretarios de la ley del juez jefe como peticionaria, y de este modo pudieron comenzar el proceso de la anulación. La nueva constitución húngara, que entró en vigor en enero de 2012, aprendiendo de los problemas del pasado, recortó las amplias posibilidades de la acción popular de iniciar la revisión de la ley, y se implementaron muchos cambios adicionales en esta área. En resumen, cabe señalar que estas cuestiones deben ser examinadas en detalle de manera comparativa para identificar si la mayoría parlamentaria de un país de semipartidarismo sigue ejerciendo la gobernación de su país o, al revés, las fuerzas de la forma jurisprudencial de gobierno ya dominan esta área.

4. Finalmente, la permanencia del mandato de los jueces constitucionales que los distingue de los actores políticos reelegidos, también tiene importancia al analizar la fuerza de la forma de gobierno juristocrático. A pesar del alto grado de acceso monopolizado a la Constitución, y pese al poder de interpretación más amplio de la Constitución, debido a sus fórmulas vacías, además por la gran velocidad de activar la competencia de anulación de los actos parlamentarios, la influencia del tribunal constitucional sobre la mayoría parlamentaria seguirá limitada si los jueces constitucionales son nombrados solo por un corto período de tiempo. De este modo, la potestad de la determinación de las fuerzas jurisdiccionales volverá siempre a la mayoría parlamentaria y al jefe de estado que lo ejercerán en forma de nuevos nombramientos judiciales. La consecuencia de esta retención del poder seleccionador, aunque sea posible la reelección de los jueces constitucionales, es que su subyugación a la mayoría parlamentaria es más o menos inevitable. Como resultado, el poder de la forma jurídica de gobierno contra la mayoría parlamentaria permanece recortado. Por el contrario, si el período de permanencia de los jueces constitucionales fuera más largo, o por toda la vida (especialmente si no existiera límite de edad superior para determinar su retiro forzoso, como sucede, por ejemplo, en los Estados Unidos), esta circunstancia aumentaría el poder de la jurisprudencia. La permanencia de los jueces por un largo período de tiempo es suficiente para aumentar el peso de su poder sobre otros organismos, como muestra el ejemplo de los Estados Unidos donde —a diferencia de los nuevos tribunales constitucionales de Europa o Asia— el poder del órgano judicial supremo es más estricto en todos los sentidos. Los magistrados supremos de los Estados Unidos representan el poder sin cambios generacionales durante 30 o 35 años; al mismo tiempo, el mandato de los jueces de las nuevas cortes



constitucionales en el resto del mundo por lo general es limitado. A este respecto hay grandes diferencias entre los tribunales. Lo más común es el ciclo de nueve o doce años, pero en algunos casos también suele ser de seis años, prohibiendo la reelección, y asegurando la obligatoriedad de las salidas del puesto mediante un determinado límite de edad superior (por ejemplo, 70 años).

Por consiguiente, si un politólogo quiere establecer una clasificación por países del mundo del peso del poder que las cortes constitucionales ejercen contra la mayoría parlamentaria, lo más práctico que puede hacer es partir de los parámetros arriba descritos. Debe analizar el grado de acceso monopolizado de la corte constitucional a la constitución, la amplitud del poder interpretativo constitucional otorgado por las fórmulas generales del texto constitucional, la velocidad de activar su poder para anular los actos parlamentarios y, finalmente, la permanencia del mandato de los jueces constitucionales que los separa de los actores políticos reelegidos.

## Epílogo

Las características estructurales examinadas en este capítulo facilitan –en un plano abstracto– establecer relaciones entre la forma de gobierno y la forma de gobierno semiparlamentaria (o el semipresidencialista). Sin embargo, en un nivel más concreto, no podemos interpretar el verdadero significado de estas relaciones si no incluimos más aspectos en el análisis. Puede ser importante a este respecto ver cómo están regulados los requisitos formales para obtener el cargo de un juez constitucional. Si, por ejemplo, todos los abogados con pocos años de experiencia pueden presentarse a esta posición en un país como candidatos, o al contrario, solo personas de considerable experiencia en su carrera, –como un juez de la corte suprema o un profesor de la facultad de derecho– pueden ocupar este puesto. De hecho, cuanto menos requisitos previos hay, más oportunidades se abren a los partidos políticos para enviar a un abogado de un partido a la corte constitucional. En caso contrario, si la elección de los jueces constitucionales solo es posible en conjunto con la oposición parlamentaria, los abogados de los partidos de ambos lados se enviarán a este cuerpo a base de paridad. En este último caso, los abogados completamente desconocidos tendrán la oportunidad de convertirse en

jueces constitucionales, puesto que de esta manera no serán rechazados por el bando opuesto. No obstante, esta tendencia también conlleva que los nuevos jueces completamente inexpertos siempre estarán expuestos a los experimentados juristas de sus predecesores y, asumirán mecánicamente la antigua jurisprudencia. Además, es igualmente esencial cómo se establecen los procesos reales de toma de decisiones del tribunal constitucional en un país. Por ejemplo, qué grado tiene el poder otorgado al presidente del tribunal constitucional en la determinación del orden del día o en la selección del relator en los casos, etc.<sup>39</sup> Estos detalles son importantes para comprender completamente el funcionamiento de un tribunal constitucional en un determinado sistema político. A pesar de esto, en mi opinión, estos detalles solo añaden matices de importancia secundaria a la relación fundamental de poder entre la forma de gobierno y la forma de gobierno semiparlamentaria con la mayoría parlamentaria. Así, los aspectos cruciales pueden ser explorados por el análisis de las cuatro dimensiones principales anteriormente indicadas.

En relación con la clausura de la diferencia de opiniones, vale la pena mencionar que en los sistemas políticos basados en la democracia la forma jurídica del gobierno es necesariamente una forma mixta de gobierno, al menos en el contexto general de la civilización occidental. Si bien no se produce en un país una ruptura consciente con la legitimidad democrática del poder estatal, el poder de la corte constitucional no puede institucionalizarse como el principal poder estatal. Sólo la elección directa ejecutada por el pueblo puede ser la fuente del poder principal del estado; por esta razón la jurisprudencia puede utilizar su poder sólo junto con los órganos estatales elegidos. De esta manera, la forma de gobierno de la jurisprudencia siempre es un gobierno mixto. Es posible que la supresión de la mayoría parlamentaria lleve a un semiparlamentarismo, y, de esta forma coexistan dos formas de gobierno. Sin embargo, esta casuística sólo se produce en un país donde la mayoría parlamentaria ya haya sido suprimida por la práctica del semiparlamentarismo o semipresidencialismo, y esta forma mixta se cambia aún más por el sistema juristocrático. El análisis anterior siempre ha tratado de tener en cuenta este factor. Por supuesto, tal situación no puede darse en estructuras constitucionales formales, sólo en la realidad. Si, por ejemplo, en

---

<sup>39</sup> Para un análisis detallado de todas estas cuestiones, véase POKOL, Béla (2015): *The Sociology of the Constitutional Adjudication*. Passau, Schenk Verlag.

un país el acceso a la constitución queda monopolizado por parte de los jueces constitucionales, y ellos consiguen un amplio poder interpretativo por las fórmulas generales del texto constitucional, puede observarse con qué alta velocidad activan su poder para anular los actos parlamentarios, y todo esto se completa finalmente con el mandato de los jueces constitucionales por toda la vida, lo que los distingue completamente de los actores políticos reelegidos, entonces surgiría el poder total de la jurisprudencia. En esta situación, las instituciones democráticas elegidas por el pueblo funcionarían sólo como una fachada delante del poder total de la jurisprudencia. Es improbable que esta situación se produzca en Europa, pero como indica Ran Hirschl en su libro excelente, ciertas constelaciones políticas pueden llevar a este paso, lo que a primera vista parece irracional, pero su improbabilidad no impide a algunos grupos políticos que lo intenten.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup>

Véase: HIRSCHL, Ran (2004): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

## **El Estado juristocrático: aspectos del desmontaje**

En las últimas décadas el funcionamiento del Estado de Derecho democrático ha experimentado cambios profundos los que igualmente afectaban sus características fundamentales. Para la descripción de estas nuevas características el nombre “Estado juristocrático” parece más adecuado que llamarlo “el imperio de la ley”. Algunos de estos cambios son resultados de la competencia cada vez más grande de los tribunales constitucionales, aparte de las potestades de la mayoría parlamentaria y del jefe de Estado en el centro del poder del estado. Para estos cambios la forma jurisprudencial del gobierno puede ser la nueva forma de gobierno junto con el parlamentarismo y el sistema presidencial. Sin embargo, en un sentido más amplio, el Estado juristocrático no puede considerarse sólo la sustitución del estado de derecho.

A fin de contrastar ambas estructuras, se pueden enfatizar las siguientes diferencias en su pura forma ideal. El funcionamiento del Estado como Estado de Derecho se caracteriza por la acentuada separación entre las decisiones políticas y las decisiones de la administración del Estado o, al menos, por la búsqueda de una solución que apunte en esta dirección y, en segundo lugar, la sujeción de la segunda a la primera. En esta configuración las decisiones políticas siempre aparecen como el contenido de los actos parlamentarios, o en caso de los reglamentos gubernamentales y decretos ministeriales están sujetos a estos actos, y son estas reglas exactas las que determinan las decisiones cotidianas de la administración pública. En este sistema operativo la actual mayoría política del Parlamento tiene amplias competencias de poder, respaldadas por millones de voces de ciudadanos, y en las próximas elecciones es posible decidir sobre se requiere mantenerles en el poder del Estado o no. Asimismo, se espera que la administración pública lleve a cabo sus actividades cotidianas en un marco de reglas estrictas, y los tribunales decidirán, en la mayoría de los casos, con una discreción muy limitada, y a base de requisitos legales precisos, si han sido vulnerados los derechos legales de las partes por cualquier autoridad o persona privada.

Los cambios producidos por el ascenso del Estado juristocrático provocan modificaciones considerables en esta estructura básica. El cambio central es que las reglas precisas de las leyes se han sustituido cada vez más por los principios jurídicos abstractos, las valoraciones normativas abiertas y los derechos fundamentales de la constitución lo que ofrece amplias posibilidades de interpretación y, finalmente, libre decisión a los jueces quienes determinarán los derechos y obligaciones de los interesados en determinadas situaciones. Esta libertad de decisión de los jueces se ve reforzada por el hecho de que el efecto directo de los principios legales o de las declaraciones de la Constitución se consideran mandatorias para las sentencias de los jueces. De esta manera, los jueces pueden mostrar aún más discreción en sus decisiones. El tribunal constitucional en estos momentos está solo al frente de esta estructura, y junto con los tribunales superiores, las decisiones del trabajo cotidiano de la administración pública pueden ser directamente determinadas por ellos. Por otro lado, la mayoría legislativa de la democracia política se determinará por el Tribunal Constitucional y sus decisiones constitucionales con distinto grado de autonomía, indicando el contenido permitido para la mayoría parlamentaria en sus futuros actos parlamentarios. Por lo tanto, en estos pasos de reorganización el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, situados por encima de los órganos ordinarios de la jurisprudencia, se empujan hacia el centro del poder estatal, y sus prioridades políticas determinan directamente las actividades cotidianas de la administración pública. De esta manera, la estructura tripartita política –administración del Estado– justicia se transforma en una estructura de doble división de la judicatura politizada (con la Corte Constitucional en la cabeza), y la administración pública se ve sometida directamente a ella. De las elecciones democráticas y la mayoría legislativa no queda más que la mera fachada de la legitimación del ejercicio real del poder.

Respecto a los análisis existentes del fenómeno de la aparición del Estado juristocrático, debemos referirnos, en primer lugar, a las investigaciones de Bernd Rüthers y Alec Sweet Stone.<sup>41</sup> Los análisis de Rüthers hacen

<sup>41</sup> También puede mencionarse en la nota de pie de página que Otto Kirchheimer ya en los años veinte subrayó la legalización de la política debido a la entonces nueva regulación de las condiciones de trabajo, y esta tesis fue destacada una vez más en los años ochenta. Véase VOIGT, Rüdiger Hrsg. (1980): *Verrechtlichung: Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*. Königstein,

hincapié en la transformación del Estado de Derecho en un estado jurídico, y estos análisis pueden utilizarse de un modo más directo para comprender la manifestación del Estado juristocrático.<sup>42</sup> En contraste con este análisis resignado sobre la génesis de esta nueva forma estatal, el análisis de Sweet Stone adopta un tono neutro, incluso a veces un tanto entusiasta acerca del tema.<sup>43</sup> Mis investigaciones sobre la entidad del Estado juristocrático se sitúan en la extensión del marco teórico de Rüther, puesto que él limita su análisis a las competencias cada vez mayores de los tribunales constitucionales y a la interpretación objetivo-teleológica del derecho por parte de los tribunales, por lo cual las leyes han llegado a desgarrar gradualmente el poder judicial (1). Esta formulación limitada, a pesar de su insuficiencia, es útil para una identificación más amplia de los cambios estructurales. Por otro lado, merece la pena distinguir la aparición de las pseudoconstituciones que puede observarse en algunos países (2). Se debe seguir analizando las cuestiones de la forma de gobierno de la jurisprudencia dentro del poder de los tribunales constitucionales (3). Esto puede ser seguido por el análisis de la interpretación objetivo-teleológica de la ley, por la cual el poder judicial fue muchas veces separada de las leyes

---

Athenäum. 15–16. Las críticas de la legalización de la política y la politización de la adjudicación constitucional fueron tratadas en detalle por Basil Bornemann en un tratado publicado en 2007, y él ha concebido estas tendencias sólo como una mejora del vínculo estructural entre el derecho y la política a través de la adjudicación constitucional. Pero él no atribuyó un significado más profundo a eso. Véase BORNEMANN, B. (2007): *Politisierung des Rechts und Verrechtlichung der Politik durch das Bundesverfassungsgerichts? Systemtheoretische Betrachtungen zum Wandel des Verhältnisses von Recht und Politik und zur Rolle des Verfassungsgerichtsbarkeit. Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Vol. 28, No. 1. 75–95.

<sup>42</sup> Véase RÜTHERS, Bernd (2014): *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*. Tübingen, Mohr Siebeck. Pero el efecto de esta transición ya había sido el centro de su atención durante los primeros años después del cambio del milenio, cf. RÜTHERS, Bernd (2003): *Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?* In PICKER, Eduard – RÜTHERS, Bernd Hrsg.: *Freiheit und Recht*. München, Verlag C. H. Beck. 11–136.; RÜTHERS, Bernd (2006): *Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht. NJW*, No. 38. 2759–2761.

<sup>43</sup> Véase SWEET STONE, Alec (2000): *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford, Oxford University Press.; y la evaluación positiva de “gobernar con jueces” antes mencionada puede leerse como sigue: “I have tried to show that constitutional review has generated an expansive (rather than simply narrow) and relatively participatory (rather than elite-dominated) deliberative mode of governance, a governance that would not have emerged in the absence of constitutional review.” 122. p. Footnote 4.

originales. (4). Un nuevo cambio en la ley, por el cual el Estado de Derecho se transforma en Estado juristocrático, y le traslada sus poderes tradicionales, es la creciente abstracción de las normas del derecho: en lugar de las precisas reglas jurídicas se opta por las decisiones judiciales sobre los principios generales del derecho, sobre los derechos fundamentales normativamente abiertos y las evaluaciones constitucionales (5). Estos cambios sentarán las bases para que las luchas políticas de la sociedad pasen de las sesiones parlamentarias a las salas de audiencias de los tribunales (6). Finalmente, también merece la pena analizar el cambio en los argumentos filosófico-morales en la teoría de John Rawls y Jürgen Habermas quienes confirman que se experimenta un cambio en el ejercicio del poder de las elecciones parlamentarias efectuadas por millones de ciudadanos de un país, y que la jurisprudencia en éste también desempeña un papel importante. Antes de concluir el presente capítulo, presentaré un análisis sobre la medida en la que estos cambios se han realizado en Hungría (8).

## **Difusión geográfica y crecimiento de la influencia de la adjudicación constitucional**

La difusión geográfica de los tribunales constitucionales y el simultáneo crecimiento de sus competencias, junto con otros cambios, había producido un efecto acumulativo y había creado el Estado juristocrático en lugar del Estado de Derecho en muchos países del mundo. La idea original de la adjudicación constitucional apareció en los Estados Unidos a principios de 1800, y originalmente significaba sólo el proceso de toma de decisiones en materia de conflictos de competencia entre los estados miembros y el gobierno federal. De hecho, los Estados Unidos era el primer estado federal del mundo, y hasta la fecha indicada no se había decidido cuál sería la institución capaz de resolver los conflictos de jurisdicción entre los diversos niveles dentro del país. En 1803, con el liderazgo de John Marshall, el Tribunal Supremo federal estableció que en el futuro este tribunal tendría la última palabra en los debates de este carácter, y si una ley se declararía inconstitucional por el Tribunal Supremo, no podía ser aplicada. Esta modesta escala de adjudicación constitucional se expandió mucho durante los años subsiguientes, pero hasta principios de 1900 era muy poco común que los jueces de rango más alto, fuera de sus competencias ordinarias, desearan determinar el contenido de las leyes al igual que un tribunal

constitucional. Los abogados de los países europeos conocieron la adjudicación constitucional en este modesto papel, y en 1920, después de la desintegración del Imperio Austrohúngaro, llegó el momento de sentar las bases de la práctica de la futura adjudicación constitucional en Europa.<sup>44</sup> La decisión constitucional en Austria hasta cierto punto cambió, y esta tarea no fue confiada a los tribunales superiores –en última instancia, al Tribunal Federal de Justicia como órgano de jurisprudencia supremo– sino que fundaron un tribunal constitucional fuera de la clasificación jerárquica tradicional de los tribunales ordinarios. La mayoría parlamentaria de los socialdemócratas austriacos, entonces dominantes, tenían una fuerte aversión contra el poder judicial conservador, y eran de la opinión de que un tribunal constitucional compuesto por abogados socialdemócratas confiables y de profesores de derechos, sería la solución óptima desde el punto de vista político. Por otra parte, la jurisdicción del tribunal había cambiado, y los cambios no fueron implementados por las vías regulares de debate y decisiones jurídicas, sino por legislación parlamentaria directa. De esta manera, la corte constitucional controlaba mucho más la legislación y el potencial de la derogación de la ley que estaba directamente relacionada con las luchas políticas dentro del Parlamento. Esto significó un paso considerable en el camino hacia la sustitución de la democracia por la jurisprudencia, pero finalmente este cambio no se realizó debido a algunas razones estructurales y, por lo demás, las competencias modestas del Tribunal Constitucional austriaco no hicieron posible la subordinación de la mayoría parlamentaria por los jueces constitucionales.

Este paso se produjo sólo en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cuando la moción de la creación de un tribunal constitucional nacional fue incluida en las constituciones alemanas e italianas recién creadas bajo el control de las autoridades de ocupación estadounidenses.<sup>45</sup> Partiendo de la estructura original de la sentencia constitucional en los

<sup>44</sup> En 1885 Georg Jellinek, inspirado en la experiencia del corte constitucional estadounidense, hizo una propuesta sobre la implementación de esta actividad en Austria, cf. JELLINEK, Georg (1885): *Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Wien, Hölder; Pero de hecho el tribunal constitucional, inspirado por Hans Kelsen, fue incluido en la constitución austriaca en 1920.

<sup>45</sup> Debido a que el carácter de estas constituciones, controladas por las potencias ocupantes, no suele enfatizarse, se debe mencionar la obra de N. Feldman, en la cual este carácter obligatorio ha sido excepcionalmente documentado. Ver FELDMAN, Noah (2005): *Imposed Constitutionalism*. *Connecticut Law Review*, Vol. 37, No. 4. 851–865.



Estados Unidos, se habría podido esperar que el tribunal ordinario más alto existente se encargara de la adjudicación constitucional, pero los creadores del nuevo sistema en Alemania tenían una aversión aún mayor a los jueces que ejercían en el Reich de Hitler, y por esta razón, crearon un tribunal constitucional por separado. En Italia el modelo austriaco se modificó poco, y aquí también siguió siendo una organización con competencias moderadas. En Alemania, sin embargo, la situación cambió fundamentalmente. La nueva constitución del país permitió a los ciudadanos presentar una queja constitucional directamente ante el tribunal, si sus derechos se veían irreversiblemente dañados por el paso del tiempo y, en general, todas las partes involucradas en las disputas legales podían y pueden dirigirse al tribunal constitucional con una queja constitucional, si el litigio por un tribunal ordinario había llegado a una decisión. Además, los gobiernos de los Estados miembros pueden presentar una queja contra las medidas federales, y viceversa, ante la corte constitucional federal. Estos cambios aumentaron significativamente el predominio de la corte constitucional sobre la mayoría parlamentaria democrática, pero esta potestad sólo más tarde cobró fuerza. El tribunal constitucional fue ocupado por abogados y profesores de derecho de orientación ideológica afín a la política del poder estatal, y estos jueces constitucionales siempre podían contar con un apoyo de fondo.<sup>46</sup> De este modo, comenzaron a interpretar sus competencias en un sentido más amplio. A principios de los años cincuenta se produjo un conflicto entre el gobierno de la mayoría parlamentaria y el tribunal constitucional porque los primeros, en conciencia de su legitimidad democrática, no querían admitir la prioridad de los jueces constitucionales. A pesar de esto, en la situación de la ocupación estadounidense estaba claro qué lado tenía mejor posición, y de esta manera, los jueces constitucionales alemanes no tenían impedimentos para ampliar aún más sus competencias. La vía principal era que algunas fórmulas vacías que tenían poco contenido normativo (como “el derecho al desarrollo general de la personalidad” o la “inviolabilidad de la dignidad humana”, etc.) se interpretaban con tanta autonomía que aparecía la nueva categoría jurídica de “derecho matriz”, un concepto generalizado que podía crear nuevos

<sup>46</sup> Véase el cambio radical de las élites en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, SCHEIL, Stefan (2012): *Transatlantische Wechselwirkungen: Der Elitenwechsel in Deutschland nach 1945*. Berlin, Duncker und Humblot. En relación con los jueces constitucionales, especialmente en las páginas 155–159.

derechos fundamentales, de modo que durante algunos años se establecía una nueva constitución en lugar de la original, y el tribunal constitucional no sólo empezó a interpretar la Constitución original a la luz de esta constitución ficticia, sino que proclamaban su competencia ampliada al control de los cambios constitucionales, y así lograron la prioridad no solamente sobre el poder legislativo, sino también sobre el poder constitucional. Por consiguiente, esta situación no tenía nada que ver con la idea original de la adjudicación constitucional.

En las condiciones de prosperidad económica, después de la Segunda Guerra Mundial, y con el dominio teórico del modelo keynesiano del capitalismo del bienestar, se notaba un buen clima político en toda Europa occidental, y el modelo limitado de la democracia por un fuerte poder judicial constitucional no provocaba mayores críticas en Alemania; sólo algunos juristas teóricos alemanes expresaban algunas críticas. Los jueces constitucionales con sus debates, a menudo interesados y más bien insípidos como antecedentes, sobre la democracia parlamentaria, con sus arcaicos vestidos ceremoniales y su emanación conservadora, gozaban de una gran simpatía pública. Alentados por la recepción positiva, a finales de los años setenta, las potencias occidentales, entre ellas el gobierno de Estados Unidos, se vieron obligadas a proponer como nueva estructura estatal este modelo de la democracia limitada mediante una fuerte adjudicación constitucional a los países donde se había derrumbado la dictadura. Para este modelo se utilizaba el concepto del Estado de Derecho, apropiado sólo en la medida en que el marco formal de los cambios gubernamentales cíclicos y la vía libre del cambio democrático se veían protegidos por la adjudicación constitucional. Sin embargo, este modelo traslada demasiadas competencias a la corte constitucional que va mucho más allá de las garantías, y son en parte la toma de poder principal del Estado.

Este modelo mejorado de la adjudicación constitucional fue adoptado por Portugal y España a finales de los años setenta, después del colapso de sus dictaduras, y en particular la legislación española se inspiró profundamente en un modelo ampliado de los alemanes. En España no solamente la separación de la constitución escrita aumentó por el hecho de que una nueva constitución autocreata había sido concebido a base de las vacías fórmulas normativas de la Constitución, sino que también los jueces constitucionales españoles estaban preparados para borrar con sus decisiones

las disposiciones concretas de la Constitución.<sup>47</sup> En los años 80, la élite política estadounidense que dominaba la escena internacional, podía utilizar este modelo germano-español de arbitraje constitucional también en los países latinoamericanos, y en varios estados del continente latinoamericano aparecieron tribunales constitucionales con más competencias que su modelo original. Más tarde, al suceder el colapso del Imperio Soviético, el modelo alemán de la fuerte adjudicación constitucional fue impulsado también por los derrumbados estados satélites de Europa Central. El colapso interno de la Unión Soviética en 1991, y los nuevos estados independientes se dieron cuenta del fuerte modelo alemán de la adjudicación constitucional, y bajo la influencia estadounidense más directa en Rusia en los tiempos del presidente Yeltsin se estableció una fuerte sentencia constitucional. Este proceso fue transmitido posteriormente a varios países asiáticos y africanos en la década de 1990, y hoy en día los tribunales constitucionales más fuertes en estos lugares también están equipados con competencias muy amplias. Esta posición de poder, no obstante, está aún más lejos de las ideas originales de la adjudicación constitucional.

## La “pseudoconstitución” de los tribunales constitucionales

En comparación con las leyes simples, las constituciones definen las normas, los derechos fundamentales y los valores constitucionales de una manera más abstracta. Por consiguiente, el trabajo de los jueces constitucionales debe contener una elevada proporción de concreción e interpretación, y esta labor puede ser desarrollada con mucha mayor libertad que el trabajo de los tribunales ordinarios. Por esta razón, los jueces constitucionales reciben una autoridad más amplia y, por tanto, aumenta su responsabilidad y poder para interpretar la constitución. En el transcurso de esta interpretación pueden tomar decisiones vinculantes que ocasionalmente funcionan como adiciones a la constitución. Los jueces constitucionales serán siempre elegidos por los representantes de la opinión pública

<sup>47</sup> Véase la decisión sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo en 2012, cuando, a pesar de la prohibición explícita de la Constitución española, la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo fue declarada constitucional en el Código Civil; En detalle véase POKOL Béla (2015): Alkotmánybírószági döntési stílusok Európában [Estilos de toma de decisiones constitucionales en Europa]. *Jogelméleti Szemle*, Vol. 16, No. 3. 107–129.

democrática, manifestada en una nueva mayoría parlamentaria, y están, por supuesto, vinculados por la constitución, de acuerdo con su juramento. De esta manera, pueden rechazar los precedentes constitucionales existentes, y pueden establecer nuevos en su lugar. Los nuevos jueces constitucionales (y con ellos la mayoría del tribunal constitucional) sólo están vinculados por los antiguos precedentes en la medida en que tienen que dar argumentos explícitos al desviarse de ellos. Sin embargo, este apego parcial de los jueces constitucionales no es posible sólo en principio, ya que una serie de causas estructurales hace difícil no adherirse a los precedentes existentes. Esta dificultad puede llevar incluso a la ruptura final con la constitución original, y al establecimiento casi invisible de una pseudo-constitución, a partir de los precedentes de las interpretaciones cristalizadas como jurisprudencia codificada. Este fenómeno desliza implícitamente el poder constitucional a las manos de la Corte Constitucional.

Las investigaciones identificaron cinco principales factores estructurales que permiten explicar el fuerte apego de los jueces constitucionales a los antiguos precedentes, y la consolidación paulatina de una pseudo-constitución en algunos países europeos.

1. La razón más importante de este fenómeno se encuentra en el carácter generalista de la adjudicación constitucional que va en contra del sistema europeo de tribunales especializados que se están desarrollando desde principios del siglo XIX. En los Estados Unidos han permanecido los tribunales generalistas, y son los tribunales superiores y supremos los que deciden los casos que se toman de cada rama de todo el ordenamiento jurídico; además, los jueces no están especializados en derecho civil, penal u otros casos. Aún si existe un tribunal especializado (por ejemplo, casos de patentes) en un sector que se trata de un caso excepcional, los jueces de la Corte Suprema con competencia de juez generalista igualmente toman las decisiones en caso de apelación. La adjudicación constitucional se estableció por primera vez en los Estados Unidos a principios del 1800, y llegó a Europa en las primeras décadas del siglo XX; en la actualidad ya existe una institución de esta índole en la mayoría de los países europeos. El sistema judicial europeo está acostumbrado a la judicatura especializada y diferenciada y –por último, pero no con menos importancia– la comunidad de jurídicos también es diferente en cada sector, junto con sus componentes fundamentalmente distintos de la adjudicación constitucional, tal como ocurría originariamente. Por supuesto, los jueces constitucionales también tenían una competencia limitada, y después de llegar a ser

miembros del tribunal constitucional, debían formular decisiones sobre cualquier casuística particular del derecho general. Debido a la especialización en una área específica, los jueces constitucionales europeos se enfrentan a mayores problemas que sus colegas en los EE.UU.<sup>48</sup> Los jueces de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, cuya función principal es de adjudicación constitucional, anterior a su designación al cargo llevan años desempeñando la función de jueces generalistas en un nivel inferior, paralelamente con sus actividades de profesores de derecho. En consecuencia, el enfoque generalista de un juez constitucional no supone ningún reto para ellos. Después de todo, siguen tratando asuntos criminales, civiles, de propiedad, administrativos, etc., como siempre lo han hecho.

2. En el caso de los jueces constitucionales europeos este problema de competencia radica en el hecho de que permanecen en su posición sólo por un tiempo relativamente corto. En contraste con sus homólogos estadounidenses, que son nombrados de por vida, sin límite de tiempo, los jueces constitucionales europeos son generalmente elegidos por un corto período (9–12 años), y con un máximo límite de edad que es, por lo general, de 65–70 años. De esta manera, los jueces europeos suelen pasar en su cargo sólo seis a ocho años, mientras que los homólogos estadounidenses habitualmente son activos por 30–40 años. Una consecuencia de este hecho es que la composición de los tribunales constitucionales europeos cambia con frecuencia, y siempre hay dos o tres nuevos jueces que apenas han comenzado el trabajo de toma de decisiones, mientras que una parte de los demás ya ha empezado a prepararse a la jubilación, debido al límite de edad. En contraste con sus homólogos estadounidenses, las actividades de la toma de decisión de los jueces constitucionales europeos son de un carácter mucho más transitorio, lo que, derivado del juzgamiento generalista, intensifica el problema de competencias, y crea un efecto desalentador respecto al replanteamiento de la jurisprudencia existente, fenómeno que no aparece en el caso de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En los primeros años después de su elección, los jueces constitucionales europeos generalmente aspiran a consolidar sus conocimientos de muchos miles de páginas de la jurisprudencia existente,

48

Hay algunos problemas institucionales que surgen de la coexistencia de la sentencia constitucional generalista y del sistema judicial europeo especializado. Para el análisis de estos problemas véase mi estudio anterior: Jueces generalistas en el sistema judicial especializado: un dilema de los jueces constitucionales europeos. POKOL 2014.

a base de los valores constitucionales, y solo existen algunas excepciones que se comprometan a reinterpretar la ley. Por lo tanto, el problema de la competencia que se añade al efecto de la posición temporal, consiste en lo siguiente: la jurisprudencia establecida por los antepasados aparece como una pseudoconstitución, imposible de desechar, y no como una simple jurisprudencia alterable.

3. Aparte de los factores anteriormente mencionados, también debemos destacar el papel de los asistentes y empleados jurídicos permanentes de los jueces constitucionales europeos, cuyo papel es fundamentalmente diferente del de sus homólogos estadounidenses. El modo de empleo de los asistentes legales por parte de los jueces de la ley ha evolucionado mucho en la Corte Suprema de los EE.UU. desde los principios de 1990, con el fin de mejorar su actividad de apoyo en la toma de decisiones; actualmente trabajan tres secretarios de justicia al lado de los jueces de apelación federal, y cuatro al lado de los Jueces de la Corte Suprema. Estos asistentes judiciales estadounidenses son seleccionados por magistrados y jueces de entre los estudiantes de las mejores facultades de derecho, su mandato es de un año, aunque en algunos casos se repite. A través de estas condiciones, los secretarios de derecho están claramente subordinados a sus jueces quienes tienen muchos años de experiencia judicial.<sup>49</sup> La situación es radicalmente diferente en la relación de los jueces constitucionales europeos con su personal. Puesto que el modelo alemán fue copiado por la mayoría de los tribunales constitucionales europeos, debemos comenzar con la presentación de éste. El modelo alemán rompió con el esquema “freshman” estadounidense, y el personal de los jueces se selecciona entre los jóvenes jueces ordinarios con algunos años de experiencia. El otro cambio fue que éstos no trabajan como empleados legales sólo durante un año, sino que permanecen más tiempo en sus puestos.<sup>50</sup> Con los cambios indicados,

<sup>49</sup> La menor competencia de decisión de los funcionarios de la ley no impide que se los incluyan en los trabajos preparatorios de los proyectos: “But what one expects (...) if most judicial opinions are written largely by law clerks (as they are), who are inveterate legalists because they lack the experience, confidence or ‘voice’ to write a legislative opinion of the kind that judges like Holmes, Carodozo, Hand, Jackson, Traynor, or Friendly wrote. The delegation of judicial opinions writing to law clerks may explain the decline in the number of judges whom anyone would be inclined to call ‘great.’” POSNER 2011, 583.

<sup>50</sup> Antes podían pasar cinco o seis años en un puesto del personal del Tribunal Constitucional alemán, pero últimamente esto dura sólo dos o tres años. (Ver KRANENPOHL 2010, 106–108.)

la relación de los jueces constitucionales y su plantilla de asistentes se transformó sustancialmente en comparación con el modelo estadounidense, y la competencia de decisión de los funcionarios de la ley puede aproximarse a la de los jueces constitucionales. No es posible determinar exactamente la proporción de los jueces constitucionales alemanes que pasan la parte considerable de la preparación de las decisiones a manos de su personal, pero la investigación empírica sobre este tema presenta este fenómeno como un problema serio. Uwe Kranenpohl, después de entrevistar a varios jueces constitucionales alemanes, afirmó lo siguiente: “Dabei signalisiert der leicht kritische Unterton dieses Gesprächspartner, dass einige Kollegen bei ihm durchaus im Verdacht stehen, ihren Mitarbeitern unangemessen umfangreiche autonome Gestaltungsbereiche einzuräumen. Noch deutlicher bringen dies zwei andere Interviewpartner durch Flucht in Sarkasmus zum Ausdruck: Das hängt eben sehr vom einzelnen Richter ab. Ich glaube, ich kann für mein Dezernat sagen, dass da kein ‘Entzug des gesetzlichen Richters’ stattgefunden hat – aber ich kann das nicht allgemein behaupten.” (Interview No. 6.) “So gibt in der Tat Verfassungsrichter, da muss man davon ausgehen, die unterschreiben jeden Mist, der Ihnen von den Wissenschaftlichen Mitarbeitern vorgelegt wird und kontrollieren das nicht!” (Interview No. 21)<sup>51</sup>

Este modelo alemán puede seguir evolucionando, como podemos observar en el caso de otros tribunales constitucionales europeos donde los miembros de la plantilla asistente no se reemplaza al expirar el mandato del juez constitucional cuyo trabajo apoyan de forma directa, sino que permanecen y siguen trabajando junto a los jueces recién elegidos, y por lo tanto, menos expertos. Por supuesto, los jueces recién nombrados que enfrentan problemas de competencia elementales, están bajo la tutela de los jueces experimentados, en primera instancia, y son ellos los que guían y educan a los nuevos jueces en el proceso de toma de decisiones. Esta situación se convierte en generalidad, como había mencionado irónicamente un juez constitucional alemán en una entrevista, y los casos, en vez de ser tratados por un “juez legal”, terminan, por puro altruismo, en manos de su plantilla. Esta imagen sólo se modifica en casos excepcionales, cuando el nuevo juez constitucional tiene una particular personalidad soberana, y al cabo de un cierto tiempo puede liberarse de la tutela. Aparte de la personalidad soberana, por supuesto, puede mencionarse

<sup>51</sup> Véase KRANENPOHL 2010, 106.

que se necesita suficiente tiempo para que los jueces recién llegados puedan convertirse en competentes jueces constitucionales, y no abandonen este puesto al pasar cinco o seis años, debido a llegar al límite de la edad establecida. Pero el juez recién llegado puede alcanzar esta competencia excepcional si, debido a su praxis anterior, dispone de experiencia en distintas ramas del derecho, y no ha focalizado solamente en un área específica de conocimientos jurídicos. Sin embargo, incluso si se dan estas circunstancias, ese juez constitucional “desviado” siempre debe confrontarse con sus compañeros y sus secretarios de justicia que se apoyan en sus casos en la pseudoconstitución como si fuera la Biblia.<sup>52</sup>

4. El cuarto motivo al que se debe la formación de la pseudoconstitución en lugar de que la jurisprudencia se base únicamente en la Constitución original es la enorme carga de trabajo de los tribunales constitucionales europeos. Más arriba hemos subrayado la existencia de una marcada diferencia entre la carga de trabajo de la Corte Suprema de los Estados Unidos y los tribunales constitucionales europeos; mientras que los jueces de la Corte Suprema sólo debían decidir cien casos por año, los jueces constitucionales europeos tenían que ocuparse de miles de casos en cada año. De esta manera, los jueces constitucionales europeos, abrumados por la carga de trabajo, no sólo son incapaces de escribir muchas opiniones concurrentes y disidentes, sino que tampoco ejercen el poder de anular la jurisprudencia antes establecida a la luz de los valores constitucionales y sobre la base del texto original de la propia Constitución. Este problema ya lo señaló Richard Posner: “The heavier a court’s caseload, the less likely it is to reexamine (...)”<sup>53</sup>

5. Estos efectos se han incrementado por una actitud acrítica imperativa en las ciencias jurídicas respecto a la adjudicación constitucional, que se ha establecido en los últimos sesenta años, por el hecho de que los

<sup>52</sup> ¿Qué tipo de cargos atraerá al juez constitucional recién llegado, que trata de atenerse a la constitución original, y sólo secundariamente sigue la jurisprudencia endurecida por la pseudo-constitución, se puede ver en el libro de Kranenpohl: “Gerade das BverfG hat eine starke Neigung, im Sinne der Wahrung von Rechtssicherheit die bisherige Rechtsprechung weitgehend beizubehalten. (...) Schon durch den bloßen Umfang der bisherigen Rechtsprechung sind damit bereits weite verfassungsrechtlich relevante Bereiche vorstrukturiert, was dem Berichterstatter im Regelfall lediglich erlaubt, sich mit seinem Vorschlag innerhalb der bereits formulierten Prinzipien zu bewegen.” (KRANENPOHL 2010, 143.)

<sup>53</sup> Véase EPSTEIN—LANDES—POSNER 2010, 117.



tribunales constitucionales habitualmente se creaban a raíz de las dictaduras recién derrocadas, y los nuevos tribunales constitucionales se veían como símbolos de la libertad. Durante la dictadura las disciplinas del derecho constitucional y de la teoría jurídica en su mayoría estaban reprimidas, ya que contradecían a la estructura central del poder estatal, y sus conceptos alternativos legales eran distintos del los oficiales de la dictadura. En las dictaduras prolongadas, como en Alemania, España, Portugal y, más tarde, los países satélites de la Unión Soviética se educaron dos o tres generaciones de abogados quienes, debido al particular contexto político, abandonaron la teoría constitucional y legal. En lo que concierne a los países de Europa del Este con el colapso del bloque soviético en 1989 surgió la democracia parlamentaria multipartidista y con ella la adjudicación constitucional. El concepto y los fundamentos de la práctica de la adjudicación constitucional fue importada principalmente de los Estados Unidos, específicamente para su uso en el replanteamiento de Europa, y fue celebrado como el símbolo más importante del verdadero predominio de la ley. Por otro lado, conscientes de que a Hitler lo había elevado al poder la elección de millones de alemanes, y los dictadores en Austria e Italia también gozaban de gran popularidad, los abogados estadounidenses en los países ocupados después de la Segunda Guerra Mundial intentaban construir los tribunales constitucionales de manera de sirvieran de medios restrictivos a los movimientos parlamentarios masivos. Este aspecto de la adjudicación constitucional ganó importancia también en España y Portugal, y después de la caída del imperio soviético, el evidente dominio de la influencia intelectual estadounidense en las nuevas democracias de Europa del Este alentaba la retirada de todas las críticas sobre la adjudicación constitucional. Totalmente inexperta en esta área del derecho en Europa Oriental, la nueva teoría legal constitucional y los círculos legales celebraban las declaraciones y los argumentos normativos, contenidos en las decisiones de los jueces constitucionales, como verdades irrevocables. Estas, por supuesto, eran en gran parte importadas de los tribunales constitucionales alemanes e italianos, pero, por ejemplo, en Hungría, estas decisiones iban mucho más allá de las restricciones originales sobre la mayoría de la legislación y la separación de la Constitución escrita.

Según mi propia experiencia, en Hungría esta tendencia estaba presente por un considerable período de tiempo, porque los escritos de los jóvenes abogados constitucionales y teóricos jurídicos que se habían socializado desde principios de los años noventa muestran una clara

actitud acrítica imperativa con respecto a la adjudicación constitucional. Aunque no podía comprobar este problema en otros países de Europa del Este, afortunadamente en Alemania ya se han publicado algunos estudios que analizan esta actitud acrítica. Bernard Schlink fue la primera excepción en 1989: en sus críticas contra la corriente principal de la jurisprudencia alemana que subrayó que a diferencia de la teoría estatal más antigua, la ciencia constitucional después de la Segunda Guerra Mundial simplemente explica las decisiones judiciales constitucionales sin ninguna investigación fundamental y crítica teórica. Este “tribunal constitucional-positivista” (Verfassungsgerichtspositivismus) sólo presenta los pertinentes precedentes de la corte constitucional sin alternativas, y éstos se presentan como verdades finales que sólo necesitan una aceptación, sin embargo esta ciencia jurídica acrítica no mira más allá de las decisiones para explorar el contexto más profundo.<sup>54</sup> Matthias Jestaedt, yendo más allá de esto, considera la situación en Alemania de la manera siguiente: a principios de los años cincuenta, las ciencias jurídicas alemanas en su generalidad experimentaban una depreciación de los conceptos de la teoría jurídica –en este caso no podemos hablar meramente del positivismo jurídico que ve su trabajo en un sentido más estrecho, como la sistematización de la legislación promulgada– que se volvió más restringida, y como positivismo superlegal creó el positivismo de la corte.<sup>55</sup> Para este tribunal positivista, es la ley que los tribunales de la corte vuelven a decidir miles de veces, y la misma jurisprudencia y la educación jurídica son los únicos responsables de la jurisprudencia. La situación destacada por Bernard Schlink como tribunal constitucional-positivista representa sólo una parte de esta distorsión más amplia.

Por lo tanto, a diferencia de los Estados Unidos, en Europa no existen conceptos jurídicos diferentes que se difundan en los círculos jurídicos que subyacen a la jurisprudencia del tribunal constitucional y, de esta manera, no es posible que los distintos jueces constitucionales alemanes representen diferentes conceptos de sentencia constitucional dentro de la corte. Existe un único conocimiento generalizado sin alternativas, y esto

<sup>54</sup> Véase SCHLINK, Bernard (1989): Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat*, Vol. 28, No. 2. 161–172.

<sup>55</sup> Véase JESTAEDT, Matthias (2002): Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers in verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat. In DEPENHEUER, Otto Hrg.: *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schuler*. Berlin, Duncker & Humblot. 183–228.

hace imposible que los jueces constitucionales individuales discutan sistemáticamente la jurisprudencia constitucional establecida.<sup>56</sup>

En resumen, estas cinco razones y sus implicaciones acumulativas han establecido en muchos países europeos una pseudoconstitución apenas superable ante la constitución original, y los jueces constitucionales recientemente elegidos con su antigua guardia de secretarios de la ley pueden basar sus decisiones principalmente en esta pseudoconstitución.

## La forma jurídica del gobierno

El punto crucial para la creación de la forma de gobierno jurisprudencial es la capacidad del tribunal constitucional de anular las nuevas leyes de la mayoría parlamentaria inmediatamente después de su formulación. De esta manera, los jueces constitucionales entran en el centro del poder estatal. Sin embargo, el peso de la potencia en ambos lados depende de varios factores.

El aspecto más importante para evaluar el poder del actor jurídico sobre la mayoría parlamentaria y su gobierno es el grado de acceso monopolizado a la constitución. El acceso directo a la constitución deriva conceptualmente de la función de la corte constitucional, por lo que no requiere ninguna explicación. En cambio, se plantea la pregunta si la mayoría parlamentaria tiene competencia para anular las decisiones de los

---

<sup>56</sup> Permítanme indicar mi experiencia personal que conseguí cuando la delegación de la Corte Constitucional alemana visitó Hungría, y como juez constitucional podía participar en la reunión conjunta. Preparé unos estudios anteriores sobre las opiniones opuestas de los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y quería saber si había similitudes a este respecto con los estadounidenses, y pregunté a los jueces constitucionales alemanes sentados a mi alrededor durante el almuerzo si había representantes de la concepción textualista de la ley, como Antonin Scalia en los Estados Unidos. La respuesta fue un “no” seco y una crítica aguda sobre Scalia. Lo mismo ocurrió cuando en otra reunión se analizó la decisión alemana sobre el caso del aborto, y dijeron que la Corte Constitucional alemana creó las mayores divisiones sociales con esta decisión, y que la sociedad alemana estaba muy dividida en esta cuestión moral. Les pregunté si había opiniones disidentes dentro del cuerpo, y la respuesta fue que aunque la primera vez había una opinión disidente en esta cuestión, más tarde fue retirada, y ellos pudieron decidir sin disenter. Fue revelador para mí el grado de unanimidad obligatoria en el Tribunal Constitucional alemán, porque en caso de una cuestión moral tan profunda nadie cambiará su opinión en tan poco tiempo, sólo bajo una presión muy fuerte.

jueces constitucionales o para cambiar sus condiciones de organización. A este respecto se notan grandes diferencias entre los distintos países. Sin embargo, en última instancia depende de la medida en la que el tribunal constitucional ejerce un poder superpuesto al de la mayoría parlamentaria, si la mayoría será totalmente suprimida por estos jueces, o su supresión es solamente parcial. Cuanto más difícil es enmendar la constitución a la mayoría parlamentaria, o cambiar las leyes en la corte constitucional, mayor será el grado de acceso monopolizado de la corte constitucional a la constitución. Por el contrario, cuanto más ligera sea la enmienda constitucional o, al menos, el proceso de reescribir la ley sobre las condiciones de organización de la corte constitucional por parte de la mayoría parlamentaria, más parcial será el peso legislativo contra la mayoría parlamentaria. De esta manera, suprimir el parlamentarismo a una forma de semiparlamentarismo no es posible sólo en una medida moderada. Para dar un ejemplo de una manera fácil de la enmienda constitucional, podemos mencionar el caso de la Constitución austríaca que prescribe una simple mayoría de votos de todos los miembros del parlamento para su enmienda; ocurría varias veces en el pasado que la decisión del Tribunal Constitucional de Austria quedaba neutralizada por una modificación correspondiente de la propia Constitución. En Hungría, la enmienda constitucional está vinculada a los dos tercios de votos de todos los diputados, y cuando en el período 2010–2015 la mayoría del gobierno tenía esta mayoría cualificada, la neutralización de las decisiones de los jueces constitucionales ocurría ocasionalmente por la enmienda de la constitución. En Polonia, el proceso de la enmienda constitucional es similar al de Hungría, pero cambiar la ley sobre las condiciones de organización de los jueces constitucionales es más fácil, y supone sólo una simple mayoría parlamentaria. Así, cuando en la elección parlamentaria de 2015 se estableció una mayoría parlamentaria con valores políticos radicalmente diferentes a la anterior interpretación constitucional de los jueces constitucionales, la nueva mayoría parlamentaria tenía suficientes medios legales para modificar la mayoría opuesta al Tribunal Constitucional. No obstante, en varios países existen condiciones más difíciles para cambiar la constitución o, al menos, para reescribir las leyes de la corte constitucional, por lo tanto, la forma jurídica del gobierno puede tener una posición más fuerte contra la mayoría parlamentaria y el semiparlamentarismo que en Polonia.

El alto grado de acceso monopolizado de la Tribunal Constitucional a la constitución incrementa su poder. Sin embargo, esto podría ampliarse

aún más si la redacción del texto de la Constitución se basase en declaraciones generales y principios vagos y, de esta manera, en lugar de un control preciso, tales fórmulas vagas proporcionarían el empoderamiento del examen constitucional. Para comprender esto, comparemos, por ejemplo, los derechos y libertades con exactitud redactados en la Constitución de los Estados Unidos con la Constitución alemana que contiene fórmulas tan vagas como el derecho a la “expansión total de la personalidad” o la frase según la cual “la dignidad humana es inviolable”. En este último caso, el tribunal constitucional puede decidir sin ninguna determinación normativa, y en ausencia del contenido normativo la mayoría de los jueces constitucionales interpretarán con más libertad la constitución. Por el contrario, si las reglas de la Constitución están redactadas con precisión, el poder interpretativo de los jueces constitucionales es más limitado. Si observamos los dos casos juntos, y vemos que en un país el tribunal constitucional tiene un alto grado de acceso monopolizado a la constitución, y, además, el texto de la constitución contiene intrínsecas directrices normativas generales vacías, dando así a los jueces constitucionales un poder amplio de interpretación incontrolable, este cuerpo puede ser considerado en esencia uno de los poderes constituyentes en el país. Por el contrario, si la mayoría parlamentaria tiene un camino fácil para la modificación de la constitución o de las leyes sobre el tribunal constitucional, y el poder de los jueces constitucionales se basa en una formulación constitucional precisa, se suprime el poder de la forma de gobierno juristocrático. Las instituciones del semiparlamentarismo tienen la posibilidad de contrarrestar el tribunal constitucional contrario.

Otra cuestión dentro de este contexto es si la reforma de la constitución puede ser revisada por los jueces constitucionales. Esta opción apareció en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial, cuando por primera vez se creó un poderoso tribunal constitucional en Europa. La razón de este hecho es que allí el gobierno militar de ocupación estadounidense tenía más fe en el tribunal constitucional ocupado por abogados de confianza, devueltos de los Estados Unidos, que en una democracia de masas, basada en las elecciones de millones de alemanes. En este contexto internacional la Corte Constitucional alemana optó por ampliar su competencia de la siguiente manera: todo el capítulo de los derechos fundamentales fue declarado intocable por la enmienda constitucional. Este patrón dio impulso a otros países para que, a diferencia de la idea original de la Constitución estadounidense, la revisión de las enmiendas

constitucionales quedara bajo la autoridad del tribunal constitucional. Este movimiento ya significa la abierta toma del poder constituyente, puesto que, en este caso, el acceso monopolizado del tribunal constitucional a la constitución se hace casi completo. No obstante, sólo algunos tribunales constitucionales excepcionales realizaron este paso, aunque en 2011 hubo una tentativa en Hungría llevada a cabo sólo por jueces constitucionales de entonces para anular por completo la nueva constitución. Como la moción de la anulación había sido rechazada por una mínima mayoría de la corte constitucional, el poder constituyente reguló explícitamente esta opción, de tal manera que limitó esta posibilidad para evitar tales intentos.<sup>57</sup> Dentro de esta subcuestión se plantea otra pregunta: si la constitución de un país –siguiendo el modelo alemán a este respecto– contiene una competencia del tribunal constitucional para revisar el derecho interno comparándolo con las reglas generales del derecho internacional. En este caso, la constitución interna y sus enmiendas pueden ser revisadas por los jueces constitucionales también a base de los principios y las normas generales del derecho internacional. Como no hay codificación de estos principios generales, los jueces constitucionales pueden decidir a su gusto. En Hungría la posibilidad de esta anulación ya fue declarada en 2011 por la decisión de mayoría anteriormente mencionada del Tribunal Constitucional.

La velocidad de activar la competencia para anular los actos parlamentarios es la tercera cuestión estructural importante de la forma del gobierno jurisprudencial. Debido al acceso monopolizado a la constitución y al amplio poder de interpretación, basado en fórmulas vacías y generales de la constitución, puede alcanzarse el alto nivel de dominación por parte del tribunal constitucional, pero puede llegar a su cúspide si no se activa con suficiente velocidad la competencia de anular los actos parlamentarios. Esto puede realizarse si todos los partidos opositores o todos los diputados tienen derecho a impugnar cualquier ley y, de este modo, el tribunal constitucional puede anular todas las nuevas leyes inmediatamente después de su publicación. Otra cuestión secundaria al respecto es el alcance de la revisión del tribunal constitucional determinado por la petición de la anulación. Es posible que esta moción sólo signifique un

---

<sup>57</sup> Véase “The Constitutional Court can review the amendments to the Basic Law and the Basic Law itself only in respect of the procedures provided for in the Constitution.” Hungarian Basic Law, Art. 24 (5).

requisito formal necesario, y una vez que haya sido decidido el tribunal constitucional puede incluir leyes adicionales y disposiciones bajo revisión, declarando simplemente la relación entre ellas. Incluso en este punto hay amplias posibilidades de mejora, si el tribunal constitucional tiene derecho a iniciar la revisión de la nueva ley de oficio a través de la cual puede activar el proceso de anulación a su voluntad. De esta manera, la mayoría de los jueces constitucionales pueden anular leyes y medidas de la mayoría parlamentaria en caso de tener valores políticos opuestos. En este aspecto existe una gran variedad de regulaciones, y hay países donde esto da mayor peso a las instituciones jurídicas, y otros donde, a la inversa, la mayoría parlamentaria puede conservar alguna posibilidad de resistir. Debido al reglamento de la anterior Constitución húngara, por ejemplo, los jueces constitucionales gozan de la mayor libertad a este respecto, y todas las personas naturales tienen derecho, mediante la llamada “acción popular”, a solicitar al tribunal constitucional la revisión de la nueva ley. Cuando los jueces constitucionales querían anular una nueva ley, pero esta ley no fue impugnada por nadie, de repente apareció como peticionaria la esposa de un secretario de la ley del juez jefe y de este modo podían comenzar el proceso de anulación. La nueva constitución húngara entró en vigor en enero de 2012 y –aprendiendo de los problemas pasados– recortó la amplia acción popular para iniciar la revisión de la ley. Había muchos cambios en esta área. En resumen, cabe señalar que estas cuestiones deben examinarse en detalle de una manera comparativa, si queremos saber si la mayoría parlamentaria del semipartidarismo sigue dominando la gobernanza en un país o, al revés, las fuerzas de la forma de gobierno jurisprudencial ya han adelantado en esta área.

Por último, la duración del mandato de los jueces constitucionales y el impedimento ocasional de su reelección por parte de las fuerzas parlamentarias también tiene importancia para el análisis del poder práctico de la forma de gobierno de la jurisprudencia. A pesar del alto grado de acceso monopolizado a la constitución y de la potestad de interpretación más amplio de la constitución a base de sus fórmulas vacías, además de la suficiente velocidad de activar su competencia para anular los actos parlamentarios, el poder del tribunal constitucional sobre la mayoría parlamentaria queda limitado si los jueces constitucionales son nombrados sólo por un corto período de tiempo. De este modo, la determinación de las fuerzas jurisdiccionales volverá siempre a la mayoría parlamentaria y al jefe de Estado en forma de los nuevos nombramientos judiciales. Aunque

sea posible la reelección de los jueces antiguos, la obediencia de los jueces constitucionales a la mayoría parlamentaria es casi inevitable. Con todo, el peso del poder de la forma de gobierno jurisprudencial contra la mayoría parlamentaria puede mantenerse por debajo de un umbral. En cambio, si el ciclo de los jueces constitucionales es largo, eventualmente dura por toda la vida (en especial si no existe límite de edad superior para su retiro forzoso, como sucede, por ejemplo, en los Estados Unidos), esta tendencia aumentará el poder de la jurisprudencia. El largo ciclo de los jueces ya en sí mismo resulta suficiente para aumentar el peso de su potestad sobre otras ramas del poder, como se ve en los Estados Unidos, donde el órgano judicial supremo tiene un poder más estricto en todos los aspectos que los nuevos tribunales constitucionales en Europa o Asia. Pero los magistrados supremos de los Estados Unidos representan el poder sin cambios generacionales durante 30 o 35 años, mientras que la mayoría de los jueces de la nueva corte constitucional en otras partes del mundo tienen un mandato limitado. En este aspecto son considerables las diferencias entre los distintos tribunales constitucionales del mundo; lo más común es que el ciclo dure nueve o doce años, pero también existe el ciclo de seis años, en algunos casos con la prohibición de la reelección, y generalmente hay un límite de edad superior (70 años, por ejemplo) que asegura las jubilaciones obligatorias.

Por consiguiente, si un politólogo quiere establecer una clasificación por países según el peso del poder de la corte constitucional contra la mayoría parlamentaria, es necesario que comience a base de los parámetros anteriormente mencionados. Debe analizar el grado de acceso monopolizado de la corte constitucional a la constitución, la amplitud del poder interpretativo constitucional proporcionado por las fórmulas generales del texto constitucional; la velocidad de activar su poder de anular los actos parlamentarios y, finalmente, la duración del mandato de los jueces constitucionales que los distingue de los actores políticos reelegibles.<sup>58</sup>

---

58

Para un análisis más detallado de la construcción del gobierno juristocrático, véase POKOL 2017.



## La interpretación objetivo-teleológica del derecho: el desapego del texto jurídico

Las prescripciones de la ley proporcionan sólo el marco para las decisiones judiciales, pero no determinan por completo estas decisiones. Sin embargo, desde los comienzos del siglo XIX, viene desarrollándose en el círculo jurídico germano-romano una técnica jurídica común –basada principalmente en las reglas de interpretación de Savigny– que generalmente garantizaba el apego judicial a las leyes. La insistencia en las reglas exactas de los precedentes también podía observarse en el derecho consuetudinario angloamericano. Este canon interpretativo fue complementado en los países europeos continentales por Rudolf von Jhering en la década de 1870, y la interpretación teleológica fue la quinta añadida al cuarteto de canones previamente establecido (interpretación gramatical, lógica, sistemática e histórica). Jhering defendió el fuerte apego de los jueces a la ley, y consideró que esto era la base más importante de la seguridad jurídica, lo que tenía aún más importancia en los tiempos modernos. Sin embargo, al destacar los objetivos de las normas jurídicas, y en consecuencia, la posibilidad de competencia entre el texto de la norma y su finalidad, contribuyó, sin saberlo, a la distinción de los jueces de los textos jurídicos. Algunos desarrollos ambiciosos en el derecho penal llegaron a su fin incluso después de la muerte de Jhering en 1892. El propósito detrás del texto se enfatizó en 1887 en el estudio de Franz von Liszt, discípulo de Jhering, y la idea de Jhering se transformó en una doble directriz para los jueces en materia penal.<sup>59</sup> Según su tesis, el texto del Código Penal es obligatorio para los jueces, pero detrás de este texto su propósito del también debe ser convincente, lo que posibilita a los jueces de revisar el texto legal. Respecto al propósito de la norma, siempre puede surgir el argumento que los legisladores no podían encontrar las correctas frases del texto para este propósito, y en lo que concierne al propósito, el texto siempre puede ser alterado, reescrito, ampliado o incluso reducido por los jueces. Este cambio de interpretación en el derecho penal estaba en contraposición al principio legal criminal de *nullum crimen sine lege*, el más importante en la era moderna desde la Ilustración. De esta manera, Franz

59

Véase LISZT, Franz von (1905): *Der Zweckgedanke in Strafrecht*. In LISZT, Franz von: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Banda 1 (1875–1891)*. Berlin, J. Guttentag Verlag. 126–179.

von Liszt se asustó de las consecuencias, y él mismo suprimió las partes pertinentes de su nuevo libro de texto en 1990.<sup>60</sup> En el derecho privado al principio no había problemas porque la idea de Jhering fue desarrollada por Philip Heck en sus interpretaciones irónicas en 1912, de tal manera que las intenciones de los legisladores se colocaron en el centro del interés de la jurisprudencia, y siempre se hizo hincapié en el hecho de que los jueces estuvieran obligados por la ley.

Esta obligación por la ley en la jurisprudencia de interés comenzó a transformarse en la ciencia jurídica alemana en la década los cincuenta y, como efecto de este cambio, se produjeron transformaciones similares en varios otros países europeos. Para conseguirlo, sirvió de gran ayuda la declaración después de la Segunda Guerra Mundial según la cual las injusticias en la Alemania nazi se calificaron consecuencias del positivismo jurídico, y comenzaron a coser estos pecados en el cuello del poder judicial entrenado por el positivismo legal. Actualmente esta explicación ya ha sido rechazada –como resultado del análisis exhaustivo de Bernd Rüthers–,<sup>61</sup> pero el juez vinculado al texto legal sigue siendo un modelo negativo para muchos juristas. En estas circunstancias comenzó a difundirse que el juez y los otros expertos no necesitaban buscar en su interpretación lo que los legisladores realmente querían lograr por la ley, sino lo que razonablemente se podía lograr.<sup>62</sup> El juez siempre debe decidir de forma individual tomando en consideración la razonabilidad, y su punto de partida en todos los casos debe ser que la ley resulte más inteligente que el propio legislador. Este método objetivo-teleológico de la interpretación se ha extendido en los últimos años por toda Europa, en mi opinión, porque en muchos países europeos la mayor brecha política se nota entre

<sup>60</sup> Véase FINKEY, Ferenc (1909): *Unrechtmäßigkeit als eine strafbare Handlung*. Budapest, Ungarische Akademie der Wissenschaften. 24–25.

<sup>61</sup> Véase RÜTHERS, B. (2012): *Die unbegrenzte Auslegung*. 7. Auflage. Tübingen, Mohr Siebeck.

<sup>62</sup> En una de las conferencias de Bernd Rüthers se cita al Presidente de la Corte Federal de Justicia, quien escribió lo siguiente en un artículo: “Es geht also nicht darum, was sich der Gesetzgeber – wer immer das sein mag – beim Erlaß des Gesetzes gedacht hat, sondern darum, was er vernünftigerweise gedacht haben sollte. (...) eröffnet die objektive Theorie den Richtern die Möglichkeit, vom subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers abzuweichen. Insoweit gilt dann eben das geflügelte Wort, daß das Geetz klüger ist als der Gesetzgeber.” RÜTHERS, Bernd (2007): *Rechtsstaat oder Richterstaat? – Methodenfragen als Verfassungsfragen*. 14. Fuente: [www.richterkontrolle.de/files/Rechtsstaat%20oder%20Richterstaat.pdf](http://www.richterkontrolle.de/files/Rechtsstaat%20oder%20Richterstaat.pdf) (consulta: 2017. 10. 12.)

los adherentes de la Europa federal y los partidarios de la estructura nacional-estatal. Las fuertes redes internacionales de fundaciones con centenares de becas para los grupos de abogados para el Estado federal, pueden tener un efecto de mayor magnitud que la opinión de los defensores de la legislación nacional. Esta distinción de los textos jurídicos puede realizarse en particular si estos textos no se formulan al nivel de las reglas exactas, sino sólo como principios generales o declaraciones normativas abstractas y derechos constitucionales. En continuación examinaremos los cambios a partir de los cuales se ha avanzado esta última tendencia.

## **El cambio de reglas a principios abstractos en el ordenamiento jurídico**

El sistema jurídico basado en la dogmática jurídica, con un aparato conceptual consistente, se extendió por toda la Europa continental en el siglo XIX, y las antiguas máximas jurídicas, y las demás interpretaciones particulares y tópicas fueron rechazadas como inconsistentes.<sup>63</sup> Sin embargo, paralelamente a este desarrollo otro proceso se ha puesto en marcha desde los principios de 1600. Por un lado, la idea del derecho natural secular fue introducido en el proceso jurídico; por otro, tomó cada vez mayor peso la idea de los derechos humanos que propagaron principalmente los filósofos de la moralidad. Los derechos humanos abstractos ayudaron en la lucha contra los poderes feudales, pero resultaron inadecuados para solucionar las disputas en los procesos judiciales cotidianos después de la Ilustración. Esto se debe al hecho de que, en cada caso particular, se debe dar prioridad a uno de estos derechos, y esta prioridad puede ser revertida en otro caso.

Los acontecimientos de la Revolución Francesa de 1789 demostraron que los dirigentes de la revolución, en cuanto a los derechos humanos como requisitos absolutos, se suprimieron mutuamente casi sin excepción. Los revolucionarios franceses codificaron sus convicciones en la Declaración de los Derechos Humanos de 1789 a la posteridad, y aunque estas ideas no tenían consecuencias directas en Europa durante mucho tiempo, debido a las terribles experiencias de la revolución, fueron incorporadas a la constitución de los Estados Unidos. Estos derechos humanos eran en gran parte

<sup>63</sup> Véase también STEIN, Peter (1966): *Regulae Iuris. Of Legal Rules Legal Maxims*. Edinburgh, Edinburgh University Press. 87–91.

de carácter político (libertad de opinión, libertad de prensa, libertad de reunión, etc.), y posteriormente se integraron en los planes constitucionales revolucionarios de 1848 en la Europa continental. Pero éstos servían solamente de blancos para la legislación, y no representaban un derecho obligatorio para que los jueces lo aplicaran. También se mantenía esta naturaleza cuando, en 1803, la sentencia constitucional fue establecida en los Estados Unidos por el juez presidente, John Marshall. Allí la sentencia constitucional significaba en primer lugar la decisión de la Corte Suprema en los conflictos del gobierno federal con los estados federales individuales en cuestiones de competencias legislativas. Este carácter de la adjudicación constitucional comenzó a cambiar en la segunda mitad del siglo XIX, y su importancia referente a los derechos humanos iba aumentando gradualmente. Esto significaba el examen sustancial de las leyes individuales por los tribunales superiores, y la sentencia constitucional comenzó a funcionar como un correctivo a la mayoría legislativa.

Desde el punto de vista sociológico, queda patente que esta transformación abrió una posibilidad para los grupos de élite, que no podían llegar a la mayoría en las elecciones del Congreso, de lograr cierto grado de control sobre la sociedad influyendo en la adjudicación constitucional. Esta estrategia fue desarrollada por grupos de gran capital financiero en la década de 1910. En su lucha contra los grupos conservadores del capital productivo, apoyaron los derechos de las minorías, primero de los afroamericanos, posteriormente de los homosexuales, de las mujeres, etc. De esta manera, la masiva mayoría conservadora del Congreso se fragmentó en muchas minorías y, como consecuencia, la transformación de la sociedad no se determinó por la mayoría del Congreso, sino por la incorporación de los derechos humanos y por la sentencia constitucional de la Corte Suprema. La adjudicación constitucional y el “arma de las minorías” provocó el predominio del capital financiero sobre la sociedad estadounidense contra los grupos de capital productivo. Los grupos capitalistas financieros establecieron fundaciones que más tarde asumieron la lucha por los derechos humanos. “The American Fund for Public Service was created in 1922, and for a short time it supported key rights-advocacy efforts. Roger Baldwin, the Director of the ACLU, became the director of the new fund as well, and the original board of directors consisted largely of the members of the ACLU’s national committee (...) the Fund supported a wide array of left-wing causes in the twenties and thirties and the Fund was the primary source of financial support for court battles directed by

the ACLU in the twenties (...) The stock market crash of 1929 devastated the Fund, however, and as a consequence its support for litigation dropped dramatically in the thirties.”<sup>64</sup> De esta manera, la Corte Suprema Federal se convirtió en el órgano supremo para la creación de las normas jurídicas básicas y, desde los años sesenta, la sentencia constitucional comenzaba a someter no sólo a la legislación, sino también a las actividades cotidianas de la toma de decisiones de los tribunales. Estos procesos producían nuevas técnicas en las luchas políticas, y se creó la función de los abogados de movimiento (“abogados de causa”) quienes, apoyándose en los derechos humanos de la constitución, comenzaron a luchar por diversas minorías mediante los tribunales, y no como políticos en el proceso legislativo.<sup>65</sup>

En los años sesenta en los Estados Unidos estos acontecimientos fomentaban nuevas teorías jurídicas que atacaban el sistema jurídico-dogmático, y reintrodujeron una vez más la argumentación jurídica mediante máximas morales y principios jurídicos. En estos años existía una tendencia de rehabilitación de las máximas y principios jurídicos generales sobre las reglas exactas del derecho. Durante la “revolución de los derechos” anteriormente descrita, las máximas y principios jurídicos desacreditados volvieron a ser el foco de la vida jurídica en los Estados Unidos, y la ley sistemática legal comenzó a ser dejada de lado como mera parte formalista. En la vida jurídica práctica los tribunales estaban cada vez más orientados hacia las decisiones constitucionales de la Corte Suprema y, paralelamente, fundamentaban su juicio cada vez más en los derechos humanos de la constitución y en los principios jurídicos abstractos en lugar de las simples leyes, acompañadas de las luchas políticas de los diversos grupos del capital financiero, y se estimuló la conversión del derecho de las simples leyes a la aplicación de los derechos fundamentales de la constitución (y las decisiones constitucionales). Estos grupos eran capaces de hacerse con el control de los medios, desarrollando una “inteligencia orgánica” para defender sus propios intereses, y podían lograr una evaluación positiva por parte de la opinión pública respecto a esta transformación de la sociedad. El cambio fue interpretado y publicitado por la industria de

<sup>64</sup> Véase EPP, Charles R. (1998): *The Rights Revolution*. Chicago–London, The University of Chicago Press. 58.

<sup>65</sup> Para el activismo en abogacía, véase: SCHEINGOLD, Stuart (1998): *The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle*. In SARAT, Austin – SCHEINGOLD, Stuart eds.: *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York, Oxford University Press. 118–150.

cultura, influenciada por los conceptos del del capital financiero,, de modo que a partir de entonces se hicieron decisivos “los derechos del pueblo en lugar de las leyes y de los políticos”, y los derechos abstractos de la constitución, así como los principios jurídicos volvieron a centrarse en la vida jurídica estadounidense.

En este clima espiritual Ronald Dworkin subrayó la prioridad de los principios jurídicos ante las normas de derecho. Dworkin formuló esta tesis contra el libro “The Concept of Law” de H. L. Hart que había expresado la opinión predominante sobre el derecho moderno como un sistema de reglas. Dworkin hizo hincapié en este concepto de que la ley fue abreviada porque, aparte de las reglas de derecho, la ley también contenía principios legales. Si en un caso legal hubiera un conflicto entre las reglas y los principios legales, los principios legales tendrían primacía.<sup>66</sup>

En la ciencia jurídica alemana, ya en 1953, cuando Theodor Viehweg quería recapturar la idea tópica medieval de la ley en vez de la dogmática jurídica sistemática, surgió el intento de la rehabilitación a favor de las máximas y principios jurídicos. Sin embargo, después de una larga discusión, este intento primero fue rechazado y más tarde aceptado sólo como una corrección parcial de la dogmática jurídica.<sup>67</sup> En los años setenta se expresó una crítica similar a las normas demasiado abstractas que calificó al *Generalklauseln* de vagas ilusiones de derecho en el juicio del veredicto y, de hecho, el derecho a determinar la ley pasó a los jueces.<sup>68</sup> De este modo, las máximas y los principios jurídicos abstractos del pensamiento jurídico de Europa continental permanecían subordinados a las leyes, y servían de ayuda parcial de la dogmática jurídica sistemática, como lo exigían incluso Bartolus y Baldus hace setecientos años.

No obstante, se debe tener en cuenta que en las últimas décadas el pensamiento en principios y máximas jurídicos ha recibido un gran apoyo

<sup>66</sup> Véase DWORKIN, Ronald (1977): Is Law the System of Rules? In DWORKIN ed.: *The Philosophy of Law*. London, Oxford University Press. 65–89.

<sup>67</sup> Véase VIEHWEG, Theodor (1974): *Topik und Jurisprudenz*. Fünfte, durchgesehene u. Erweiterte Auflage. München, C. H. Beck. Para el debate de esta idea, véase: BALLWEG, Ottmar Hrsg. (1982): *Rhetorische Rechtstheorie. Festschrift für T. Viehweg*. Freiburg–München, Alber; ESSER, Josef (1956): *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen, Mohr; y CANARIS, Claus Wilhelm (1968): *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin, Duncker & Humblot.

<sup>68</sup> Véase TEUBNER, Günther (1971): *Standards und Direktiven in Generalklauseln*. Frankfurt am Main, Athenäum.

en los países de Europa continental debido a la fuerte presión de los derechos fundamentales y la adjudicación constitucional. Podría observarse el cambio en el control de la sociedad y el poder estatal de mayor peso en la legislación respecto al tribunal constitucional, según el modelo americano, especialmente en las nuevas democracias de Europa Oriental, de modo que tiene un papel especial lo de pensar en principios jurídicos abstractos y máximas en lugar de pensamiento sistemático. Aparte de la influencia de los Estados Unidos como potencia victoriosa después de la Segunda Guerra Mundial y como potencia mundial líder, el cambio de las leyes de los parlamentos nacionales a los principios jurídicos abstractos, también es consecuencia de las actividades del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en Estrasburgo. Como resultado, los esfuerzos por suprimir la dogmática jurídica sistemática pueden observarse, por ejemplo, en Hungría, e incluso en el ámbito del derecho privado y penal, ya se notan cambios del pensamiento sistemático hacia el pensamiento tópico, suelto en principios y máximas legales.

## **Política a través de procesos judiciales**

Desde el comienzo del siglo XX las luchas políticas democráticas de los grandes grupos de la sociedad en los estados occidentales han permitido determinar el contenido de las leyes e incorporar en ellas los intereses y valores de estos grupos. La forma más importante de su implementación eran las elecciones parlamentarias y las campañas electorales, o luchas políticas durante el período electoral que servían de convencer a los millones de votantes sobre la importancia de estos intereses y valores. Con este arreglo los resultados finales de las luchas políticas llegaron a ser respetados por la ley, y los perdedores esperan las próximas elecciones para poder cambiar el contenido legal. Conforme a este acuerdo los jueces usan los reglamentos legales precisos en sus decisiones de caso cuyas regulaciones dejan solamente un espacio muy limitado para la interpretación, y, les guste o no, pueden actuar sólo con neutralidad política. En esta situación no hay muchas posibilidades de que los jueces ejerzan sus propias preferencias políticas en las decisiones de los casos.

Sin embargo, el dinamismo del cambio de los protagonistas de la vida política puede tomar otro camino, como viene ocurriendo en los Estados

Unidos desde principios de los años sesenta.<sup>69</sup> Estos cambios han permitido a los grandes grupos de la sociedad organizar sus luchas políticas para influir en la determinación de la ley directamente a través de los procesos judiciales en los tribunales, evitando la vía parlamentaria. Desde los comienzos de los años 1900 se hizo realidad que esas minorías, que no tenían posibilidades contra la mayoría en las elecciones, se dirigieran directamente a los tribunales, y, –refiriéndose a sus derechos constitucionales– intentarían transformar por las decisiones judiciales su posición jurídica en algo más apropiado para sus intereses. Los éxitos iniciales de la gente de color en esta nueva formación de la voluntad política alentaron de igual forma a las otras minorías de la sociedad a utilizar este camino judicial de la política, y lograr lo que no podía lograr la mayoría legislativa en el Congreso. A principios de los años 60, bajo los presidentes Kennedy y Johnson, respectivamente, estos esfuerzos fueron calificados como positivos por la mayoría del Congreso de los demócratas, y la nueva forma de la política a través de los procesos judiciales fue apoyada por leyes especiales. Los defensores entusiastas de este nuevo camino político celebraron estos cambios, y lo llamaron la revolución de los derechos.<sup>70</sup> No obstante, debe mencionarse que, como resultado de estos cambios, los tribunales estadounidenses eran politizados en gran medida, y los procesos judiciales en los tribunales en algunas ocasiones sólo podían tener lugar como una lucha parlamentaria en las sesiones. A partir de entonces, antes de la selección y nombramiento de los jueces federales, la identificación de los valores políticos de los candidatos se volvía más importante, y deduciendo de sus declaraciones y de su actividad anterior, intentaban averiguar qué tipo de actitud política adoptarían en sus decisiones judiciales. De vez en cuando el proceso de nombramiento de los nuevos jueces es una de las mayores luchas políticas en los medios de comunicación, parecido a las batallas de los candidatos presidenciales. De este modo, se producían rupturas políticas perdurables entre los jueces de los tribunales de los Estados Unidos, y el proceso de la toma de decisiones judiciales era similar al debate político, aunque con distintos argumentos que en el caso de las sesiones legislativas.

<sup>69</sup> Véase EPP 1998.

<sup>70</sup> Como teórico y combatiente activo del movimiento abogando, se puede mencionar a Stuart Scheingold, véase SCHEINGOLD 1998.



Este desarrollo puede ser resumido como el cambio más directo en las estructuras fundamentales del Estado de Derecho hacia el Estado juristocrático. Las consecuencias de este cambio se evidenciaban en las luchas políticas establecidas en las reuniones judiciales, y durante este desarrollo se podía observar cómo ocupó la dualidad del poder judicial politizado y el poder jurídico el lugar del trío bien diferenciado de política/administración/justicia, y cómo quedó la actividad de la administración directamente determinada por esta estructura. Por supuesto, este cambio se ha generalizado en Europa sólo en pequeña medida, pero está presente en muchos lugares. Los esfuerzos de la transferencia por lo general se llevan a cabo por las fundaciones americanas que tienen una rica experiencia doméstica, u otras fundaciones apoyadas por ellos (por ejemplo, la Fundación Noruega en Hungría). Hasta ahora, sin embargo, han logrado éxito en aquellos países europeos donde han podido encontrar alguna alianza en la judicatura del país. Creo que en las últimas décadas este desarrollo ha podido llevarse a cabo más en Europa del Este que en Europa Occidental. La cultura jurídica de Europa Occidental tiene una resistencia más fuerte a la influencia de este carácter que la cultura jurídica de los países de Europa del Este con sus cuarenta años de dictadura soviética.

## Discurso moral y democracia deliberativa

En el curso de las investigaciones sobre la transformación del Estado de Derecho hacia el Estado juristocrático, los mismos cambios han podido observarse durante las últimas décadas también en el campo de la teoría moral, debido a que la moral de los millones de la sociedad de masas y su democracia parlamentaria basada en ella, se reemplazará por la moral de una élite cerrada y selecta y una justicia basada en ésta.<sup>71</sup> La prehistoria de esta transformación se remonta a la confrontación entre la filosofía moral individual de Kant y la filosofía de la moralidad pública de Hegel. Kant consideraba la moralidad pública sólo un hábito inferior, y vinculaba la verdadera moralidad con las decisiones conscientes del individuo. En las últimas décadas la teoría moral de Kant se ha radicalizado por la moralidad

---

<sup>71</sup> Para el análisis detallado de este desarrollo teórico moral ver mi trabajo anterior, POKOL, Béla (2013): *Theoretische Soziologie und Rechtstheorie. Kritik und Korrigierung der Theorie von Niklas Luhmann*. Passau, Schenk Verlag. 185–209.

del discurso de Jürgen Habermas —con gran apoyo periodístico por parte de los medios de comunicación y los intelectuales públicos—, y al final la moralidad misma como una colección de reglas del sistema de comportamiento ha sido desechada, y concebida como el único conocimiento cultural. Según Habermas, las directivas morales en las complejas sociedades modernas pueden crearse sólo como morales discursivas por el discurso de los ciudadanos activos. Además, en una democracia deliberativa estas pautas morales negociadas por los civiles deben ser usadas como la base de las leyes. Así, en esta teoría se entrelazan la moralidad y la ley, y esto da un estatus elevado a la ley saturada por la moralidad. En última instancia, las leyes de la legislación no se determinan por la moralidad pública de millones de ciudadanos, sino por las directrices morales de los intelectuales de las organizaciones civiles.<sup>72</sup>

Partiendo de unas interpretaciones subjetivas, Habermas tiene la intención de convertir la democracia, que se limita a votar sólo una vez en cada cuatro años, en una auténtica democracia debatiente y deliberativa. A pesar de esto, según las evaluaciones realistas este esfuerzo, por un lado, pierde el pequeño potencial real de que millones de personas puedan participar en el discurso de la sociedad civil, y, por otro lado, también la posibilidad de que el ciudadano promedio comprenda las cuestiones difíciles planteados en los discursos morales cotidianos. De hecho, sólo los intelectuales, liberados de la fatigosa labor mental o física diaria, pueden participar con regularidad en los debates de las ONG, y una democracia deliberativa puede convertirse en realidad sólo en forma de debates de juristas constitucionales, politólogos, sociólogos, economistas, etc., tal y como se puede observar en las intelectuales discusiones de las mesas redondas en la televisión. Además, este estrecho círculo puede ser introducido en el discurso público sólo por medio de los medios de comunicación, dirigidos por enormes cantidades de dinero y por los intelectuales de los medios de comunicación cuyos debates vemos en la televisión y en los portales en línea, etc., y no son más que algunos centenares o algunos miles. Estos medios no son políticamente neutrales: los debates y los participantes se clasifican cuidadosamente según sus puntos de vista correspondientes. En estas condiciones, a pesar de las ideas de Habermas, la democracia deliberativa no daría el resultado de una mejora general de calidad de la

---

<sup>72</sup> Véase HABERMAS, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge des Recht und zur Diskurstheorie der Demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt, Suhrkamp. 146.

democracia, sólo produciría un gobierno de algunos círculos intelectuales selectos. No obstante, la proliferación y repetición de los argumentos sobre la inferioridad de la democracia parlamentaria en general reduce en el público aún más la legitimidad de la legislación parlamentaria, por lo tanto, estos métodos de interpretación jurídica se ayudan por unas reglas que fomentan su libre orientación moral.<sup>73</sup>

El tema de los derechos humanos es otro plano teórico que pone de relieve el vínculo directo entre la moralidad y el derecho. Desde los principios del siglo XIX, la idea del derecho natural dejó de existir en Europa, pero en los Estados Unidos la ideología de los derechos humanos mantenía un fuerte impacto. Después de la Segunda Guerra Mundial la antigua idea del derecho natural fue revivida en el Occidente con la dominación ideológica de los Estados Unidos. Como resultado, los tratados internacionales sobre derechos civiles recopilaron lo establecido por la Convención de Derechos Humanos. Esta Convención, de modo similar a otros acuerdos internacionales, se formuló legalmente, y su uso se efectúa por medio de la misma interpretación jurídica, al igual que ocurre en caso de los cualquier texto jurídico de ámbito parecido. Sin embargo, su propia denominación está saturada por tonos moralizantes, y acentúa en gran medida esta regulación. Su violación no es simplemente una infracción, sino un incidente moralmente desagradable y vergonzoso, especialmente en las presentaciones de los medios de comunicación. En casos típicos, el estado condenado por la violación de la Convención de Derechos Humanos suele señalar (desde el puro punto de vista jurídico con razón) que el texto de la Convención fue el más ampliamente interpretado por el Tribunal de Derechos Humanos en Estrasburgo, trascendiendo el tema de los derechos humanos. Pero el acento moral no tolera la “abogacía casuística”.

En resumen, podemos subrayar que estos suplementos morales-teóricos y de política lingüística alejan la dominación del Estado juristocrático del contexto crítico, y aquéllos que intenten ejercerlo, se ven desfavorecidos desde el principio.

73

En contraste con Habermas, otro cuadro del juez moralmente impregnado puede encontrarse en los escritos de Gerard Postema, véase POSTEMA, Gerard (1980): *Moral Responsibility in Professional Ethics*. *New York University Law Review*, Vol. 55, No. 1. 63–89.

## El Estado juristocrático en Hungría

Hemos llegado al análisis de la situación de Hungría en relación con la persistencia del Estado juristocrático. No obstante, debemos enfatizar que las tendencias de transformación anteriormente descritas sólo permiten el establecimiento de un marco analítico general y tipificado sobre las características estructurales del Estado juristocrático. Su forma y grado concreto de implementación en algunos estados –es decir, que la transformación en el Estado juristocrático hasta qué punto ha llegado– puede mostrarse solamente mediante unos análisis más detallados. Un análisis de esta índole debe centrarse primero en la regulación especial de la corte constitucional por la propia constitución y la ley sobre la sentencia constitucional. Además, debe examinar las condiciones políticas, organizativas y procesales en un país en el cual ciertas ramas del poder estatal, incluyendo el tribunal constitucional, están funcionando. Por lo tanto, la primera tarea en relación con la casuística de Hungría es analizar que la Constitución vigente a partir de 2012 de qué manera ha otorgado unas fuertes competencias a la Corte a la propia base de la ley sobre la corte constitucional. Partiendo de este análisis se puede aclarar hasta qué punto ha empujado en Hungría la forma jurisprudencial del gobierno a la mayoría parlamentaria hacia la forma de gobierno semi-parlamentario, y también la medida en la cual se ha transformado el estado en su integridad en un Estado juristocrático. La siguiente tarea es examinar en qué grado han permitido la estructura institucional y los procesos de la toma de decisiones de la corte constitucional obtener el propio poder constitutivo, y colocar los precedentes de su jurisprudencia como pseudo-constitución en el lugar de la original. Establecidas estas circunstancias, el análisis va más allá de la adjudicación constitucional, y enfoca todo el sistema jurídico en su integridad para examinar hasta qué punto es característico en Hungría el predominio del método de la interpretación objetivo teleológica en lugar de otros métodos. Otra cuestión del análisis es la intensidad del impacto de las clausuras generales, las declaraciones constitucionales vacías, las evaluaciones y las fórmulas en lugar de reglas con significado exacto en los procesos de toma de decisiones judiciales. También puede estudiar en qué grado influye en Hungría el proceso judicial en la culminación favorable de las luchas políticas, así como el apoyo moral y teórico de estas luchas jurídicas y políticas, puesto que estos procesos pueden contribuir a la consolidación de un Estado juristocrático.

Todas estas preguntas pueden resolverse sólo mediante una investigación minuciosa, pero como punto de partida inicial, abajo presentamos algunas pautas y características fundamentales.

El Tribunal Constitucional húngaro puede ser calificado como uno de los tribunales constitucionales con más poder autónomo en el mundo, debido a la regulación de la Constitución y la Ley de la Corte Constitucional. La nueva Constitución vigente desde 2012 concedió al tribunal constitucional el derecho de controlar las decisiones judiciales, así como la facultad de controlar directamente las leyes del Parlamento y las demás disposiciones legales. Debemos señalar que durante el proceso de reclamación constitucional contra las decisiones judiciales, el tribunal constitucional puede ir siempre más allá de estas decisiones, ya que dispone del derecho a iniciar el control de las normas jurídicas subyacentes; tanto los reglamentos estrechamente relacionados como toda la ley pueden ser anulados incluso después de la decisión.<sup>74</sup> Asimismo, aunque el tribunal constitucional no tenga la intención de anular las disposiciones legales controladas, puede modificar o completar el contenido de las mismas. Es decir, tiene la posibilidad de anular el acto parlamentario examinado en forma de mosaico, y partiendo de una decisión similar de la corte, este acto sólo puede utilizarse en su forma modificada. Adicionalmente, un requisito constitucional puede ser unido a la regla examinada por el tribunal constitucional, y los tribunales ordinarios sólo pueden usar esta regla en el futuro junto con este requisito suplementario.<sup>75</sup> Los jueces constitucionales suelen optar por anular las disposiciones legales examinadas o declarar una omisión legislativa, y solicitan al legislador que rellene los vacíos identificados a base de los argumentos expuestos por los jueces constitucionales.<sup>76</sup> Sin embargo, en otros temas podemos observar en Hungría que la Constitución prohíbe explícitamente examinar los cambios constitucionales de fondo, lo que puede considerarse como una barrera para la corte constitucional. Estos cambios sólo pueden ser examinados por el tribunal constitucional a base de las normas de procedimiento que se incluyen en la propia Constitución.<sup>77</sup> Esta regla procede de la experiencia de que si en un país la cuestión del control del cambio constitucional

<sup>74</sup> Véase el apartado 1 del artículo 28 de la Ley del Tribunal Constitucional

<sup>75</sup> Véase, a este respecto, el artículo 46 (3) de la Ley del Tribunal Constitucional.

<sup>76</sup> Véase, a este respecto, la Ley § 46 (1)–(2) sobre el Tribunal Constitucional

<sup>77</sup> Véase la Constitución, artículos 24 (5)–(6).

no está explícitamente regulada en la Constitución, las ambiciones internas del Tribunal Constitucional a menudo desembocan en la intención de incluir bajo control todo el cambio constitucional, como ocurría en realidad en el caso de Hungría.

En relación con el peso del Tribunal Constitucional y la realización de la forma jurídica del gobierno en Hungría, resulta evidente que esta forma de gobierno es fuerte, y la posición de la mayoría parlamentaria ha sido relegada a la posición de una forma de gobierno semiparlamentaria. El tribunal constitucional goza de un alto grado de primacía en cada una de las cuatro dimensiones anteriormente mencionadas. 1. El Tribunal Constitucional tiene un alto grado de acceso monopolizado a la constitución y a la legislación existente sobre su organización y actividad, y ambos pueden ser modificados solamente por los dos tercios de los diputados. Por consiguiente, hasta que no surja tal mayoría, los jueces constitucionales tienen un monopolio en esta área. 2. La redacción de la Constitución húngara se basa en gran medida en declaraciones generales y en principios vagos, y estas fórmulas y declaraciones, por su carácter general, otorgan mayor poder a los jueces constitucionales para controlar el poder del Estado. 3. La esfera de acción de la competencia de la corte constitucional para la anulación de las leyes es considerablemente extendida, aunque ha sido reducida por la nueva Constitución (2012) como consecuencia de la supresión de la posibilidad de acción popular. 4. Por último, la duración del mandato de los jueces constitucionales en Hungría es de 12 años, sin límite de edad; ellos por este largo período se encuentran separados de los actores políticos, por lo tanto, tienen la posibilidad de actuar durante tres ciclos parlamentarios.

El siguiente fenómeno que debemos examinar es la aparición de una pseudoconstitución a base de los precedentes de la corte constitucional, y su dominancia sobre la constitución escrita original; en caso de Hungría el investigador se encuentra en una posición cómoda por el grado de evidencia de la existencia de una pseudoconstitución. El primer presidente de la Corte Constitucional húngara, László Sólyom, declaró inmediatamente después de su investidura que la tarea del tribunal constitucional sería construir con sus decisiones una “constitución invisible”, válida para siempre, y superpuesta a la constitución escrita por su carácter moral

y abstracto.<sup>78</sup> Esta declaración muy probablemente era la más abierta respecto al tema en la historia de las cortes constitucionales europeas, aunque los jueces alemanes ya habían ejercido el mismo derecho desde finales de los años cincuenta, y la jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional llegó a construir una pseudoconstitución en Alemania. En este procedimiento las disposiciones pertinentes de la Constitución escrita son tratadas con respeto e integridad en el discurso de los jueces, pero el razonamiento y las decisiones verdaderas se toman partiendo de los principios consolidados de la pseudoconstitución. Como hemos indicado, el primer presidente de la Corte Constitucional en Hungría había reconocido inmediatamente, al principio de la adjudicación constitucional este método que más tarde fue nombrado el concepto de la “constitución invisible”, lo expuso al público. Tengo la presunción de que esta declaración abierta, además de la falta fundamental de una tradición democrática profundamente arraigada, fue posible también gracias al hecho de que anteriormente no había existido un tribunal constitucional húngaro en ningún período histórico del país, y la comunidad húngara de abogados tampoco estaba muy familiarizado con los principios de su funcionamiento. No obstante, a pesar de la falta de precedentes históricos en Hungría, la práctica de la toma de decisiones basada en la “constitución invisible” está tan fuertemente arraigada que, refutando las disposiciones contrarias de la nueva Constitución de 2012, y en contra de su expresada prohibición, la mayoría de los jueces constitucionales sigue tomando sus decisiones considerando los antiguos precedentes constitucionales (es decir, basándose en la constitución invisible).

Debe observarse que esta práctica de toma de decisiones, influida por la tradición establecida por la corte constitucional alemana ganó considerable influencia no sólo en Hungría, sino también en España y en Lituania, mientras que en el caso de Croacia, Eslovenia y República Checa no se observa una alienación similar de la Constitución escrita.<sup>79</sup>

La difusión del método objetivo-teleológico de la interpretación –y, como consecuencia, el acercamiento a un Estado juristocrático– aún no caracteriza la judicatura en Hungría, y la mayoría de los jueces permanecen siguiendo los métodos respetuosos de la ley. Si bien el artículo 28 de

<sup>78</sup> Véase la justificación paralela de László Sólyom sobre la “constitución invisible” en la Decisión 23/1990 (X. 31.) del Tribunal Constitucional de Hungría.

<sup>79</sup> Véase también POKOL 2015.

la Constitución ha obligado a los jueces a interpretar las normas jurídicas de conformidad con el objetivo de la legislación, no existe una orientación clara sobre si dicho objetivo se debe conseguir a base del propósito subjetivo de los legisladores o el método objetivo-teleológico. La actitud generalizada en el poder judicial húngaro puede favorecer al método anteriormente descrito, y no al método objetivo-teleológico.

La difusión del uso de las valoraciones normativas generales y de los principios abstractos en lugar de las reglas exactas pertinentes –o, al menos, su dominancia relativa– ya va entrando en la actividad judicial en los últimos años, y en algunos estatutos recién creados. Las disposiciones introductorias ya estipulaban que las disposiciones individuales de los estatutos debían interpretarse siempre con la ayuda de los principios jurídicos generales. En los últimos años esta tendencia ha sido reforzada por el hecho de que el artículo 28 de la nueva Constitución también estipulaba que la interpretación debía realizarse siempre de acuerdo con los derechos fundamentales y los valores de la Constitución. No obstante, como en el caso de un proceso reciente, todavía no es posible afirmar con certeza si estas reglas de interpretación en el futuro causarán la alienación del poder judicial a cumplir la ley.

En lo que concierne a las luchas políticas manifestadas a través de los procesos judiciales húngaros, podemos establecer que efectivamente existe una tendencia reciente de extender estas luchas de las sesiones parlamentarias a las salas de audiencias de las cortes. Este cambio ha sido impulsado principalmente por las fundaciones estadounidenses, en particular por la financiación de la Fundación Soros (Sociedad Abierta, Comité de Helsinki, etc.). A principios de los años noventa ya se crearon en Hungría algunas organizaciones subsidiarias del movimiento de los abogados estadounidenses. Sin embargo, la política podía lograr sólo un papel modesto por procesos judiciales. A pesar de su menor importancia, este motivo está muy presente detrás de algunas de las reclamaciones constitucionales presentadas, y las organizaciones subsidiarias especializadas se encuentran realmente involucradas en la causa de la abogacía de estilo americano.<sup>80</sup>

Finalmente, revisando los fundamentos morales del Estado juristocrático, podemos indicar que en algunos círculos intelectuales de Hungría han existido esfuerzos en esta dirección. Estos esfuerzos, sin embargo,

---

<sup>80</sup> Por ejemplo, tales organizaciones en Hungría pueden ser nombradas como Asociación de Derechos Humanos, o la organización de [www.atlatszo.hu](http://www.atlatszo.hu) (portal de Internet)



han tenido un impacto considerable sólo en pequeños círculos de activistas, y el público intelectual más amplio mantiene su opinión dispar contra argumentos parecidos. En contraste, la ideología de los derechos humanos de los argumentos legales y morales entrelazados ha dado lugar a una influencia más amplia en círculos intelectuales. En mi opinión, no es tanto por este éxito que el cambio hacia un Estado juristocrático en Hungría resulte plausible, sino más bien por la falta del arraigo de la tradición democrática en el país.

## **Las posibilidades de mejora del Estado juristocrático**

Como se ha analizado detalladamente en el primer capítulo del presente trabajo, en las últimas décadas los tribunales constitucionales se han extendido paulatinamente por todas partes del mundo, y disponen de competencias cada vez más amplias. De esta manera, se han convertido en el centro de las decisiones del poder estatal, y han sobrepasado su rol inicial que consistía en la mera garantía organizativa constitucional de la democracia. La denominación del “Estado de Derecho, que se aplica a esta estructura de poder estatal cambiada, es cada vez menos apropiada para describir la realidad cotidiana. En su ampliada existencia actual, los tribunales constitucionales no sólo son un medio de protección de las actividades constitucionales de los órganos estatales, sino también una nueva plataforma de poder para la creación de decisiones de impacto del Estado, alejado total – o parcialmente de los órganos democráticos, elegidos por millones de personas. No sólo se ha desvinculado de las leyes creadas por órganos democráticos, y a base de métodos de interpretación jurídica gratuita, o basados en valores constitucionales normativamente vacíos, en la supresión de los principios democráticos de los tribunales constitucionales, sino también de todo el poder judicial superior. Los tribunales pueden, en principio, llevar a cabo una práctica jurídica autónoma. Por tanto, el concepto del *Estado juristocrático* es más apropiado para este sistema de poder estatal porque refleja más fielmente la realidad. De esta manera se puede dejar claro que no se trata de una versión mejorada de la democracia, sino de una forma limitada de su ejercicio que hasta cierto punto ya ha roto con el fundamento democrático del ejercicio del poder por millones de ciudadanos.

La presentación imparcial del Estado juristocrático como una democracia limitada hace posible comprender mejor sus orígenes. La idea original de la adjudicación constitucional no estaba dirigida a la supresión de la democracia, y la voluntad de millones de ciudadanos no debía haber sido apartada del ejercicio del poder. Por el contrario, el tribunal constitucional

era originalmente la garantía de la renovación cíclica del gobierno democrático y de la división de las ramas del poder. Esto ocurría durante los comienzos estadounidenses de la adjudicación constitucional entre el nivel federal y el nivel nacional, así como en la práctica de la adjudicación constitucional austriaca desde 1920, influida por las ideas de Hans Kelsen. Fue el Tribunal Constitucional Federal alemán, creado bajo el control de la autoridad de ocupación estadounidense en 1949, que inició el camino que condujo a la creación de un Estado juristocrático cada vez más fuerte en las últimas décadas en varios países del mundo. El éxito de este modelo y la creación de otros tribunales constitucionales a base de este modelo en muchos países desde los principios de los años ochenta –los que hasta habían dado más competencias a los tribunales constitucionales– crearon el nuevo sistema de poder del Estado juristocrático. En estos sistemas, los conflictos de poder siempre están disfrazados de argumentos legales y constitucionales, y en lugar de luchas políticas abiertas, las batallas se libran a base de argumentos legales. Además del modelo alemán, del cambio de la idea original de la adjudicación constitucional en los Estados Unidos, ocurrida en los años sesenta, también tenía mucha influencia el cambio de actividad de los nuevos tribunales constitucionales del mundo.<sup>81</sup> Este fue el comienzo de la “revolución de los derechos” que traía consigo nuevas técnicas en las luchas políticas, y junto con el modelo de la ampliación de la adjudicación constitucional alemana, esta mezcla era la que ha creado el Estado juristocrático en varios países del mundo.

Por lo tanto, es evidente que el modelo alemán de adjudicación constitucional, que fue adoptado posteriormente por una parte cada vez mayor del mundo, no fue creado como una democracia “noble” reforzada con la corte constitucional. De hecho, su propia creación reflejaba las intenciones de consolidar una democracia limitada, lo que hizo posible el control de millones de alemanes por los EE.UU. y las otras potencias extranjeras. Dicho tema ha sido un tabú en la investigación científica alemana durante mucho tiempo, pero en los últimos años ha comenzado una investigación –aunque no en los círculos de los abogados constitucionales, sino en las filas de los historiadores– sobre el proceso de consolidación de la democracia controlada en Alemania por las autoridades de ocupación estadounidenses.

Asimismo, una conferencia organizada por la Fundación Konrad Adenauer en mayo de 2009, Rüdiger Löwe subrayó que el verdadero alcance de

<sup>81</sup> Véase EPP 1998, especialmente en 7–21.

la influencia estadounidense en la aparición de la Ley Fundamental alemana y su contenido seguía siendo un tabú para fines de investigación científica: “Löwes Meinung nach sei der Einfluss der USA auf die Entstehung des Grundgesetzes heute immer noch ein Tabu-Thema. Die USA hätten mit sanfter Strenge auf den richtigen Weg geholfen. General Lucius D. Clay und die amerikanische Regierung gaben nach dem Zweiten Weltkrieg einen engen Korridor vor, in dem sich die deutschen Gründungsväter bewegen konnten.”<sup>82</sup> Marcus M. Payk examina la misma cuestión: “Über Brisanz der Frage, inwieweit das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 23. Mai 1949 als eine eigenständig deutsche Verfassung oder doch eher als ein ‘Diktat der Alliierten’ zu werten sei, ist die Zeit hinweggegangen. Das Problem eines demokratischen Legitimationsdefizits durch die ‘Verfassungsschöpfung unter Besatzungsherrschaft’ (R. M. Orsey) ist zwar wiederholt aufgeworfen, größtenteils aber unter Hinweis auf den eigenständig deutschen Anteil an der Entstehung des Grundgesetzes sowie auf die akklamatorische Funktion der ersten und der nachfolgenden Bundestagswahlen verworfen worden.”<sup>83</sup>

Una investigación de Hermann-Josef Rupieper identifica los tres objetivos principales estadounidenses durante la ocupación alemana para el establecimiento de una forma especial de la democracia cuyo cuestión central era el control permanente de los alemanes: “1949 hatten sich drei Strategien herauskristallisiert, um zu verhindern, dass die Deutschen jemals wieder zu einer Gefahr für die ‘demokratischen Welt’ werden konnten. Sie sollten ‘zum überzeugten Glauben an die Demokratie’ gebracht werden, sie mussten durch ‘Kontrolle und Überwachung’ in Schach gehalten werden, und sie waren durch ‘Europäische Integration’ in breitere Beziehungen einzubetten. Alle Elemente dieser Politik existierten weiterhin parallel zueinander.”<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> Véase: *Veranstaltungsberichte von Adenauer Konrad Stiftung*, Berlín, 26 de mayo, 2009.

<sup>83</sup> Véase the estudio de Paykel: [www.hsozkult.de/publikationreview/id/rezbuecher-238](http://www.hsozkult.de/publikationreview/id/rezbuecher-238). Paykel escribió Edmund Spevack's book: SPEVACK, Edmund (2001) *Allied Control and German Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic Law*. Münster, LIT Verlag, 571.

<sup>84</sup> Véase RUPIEPER, Hermann-Josef (2005): *Peacemaking with Germany. Grundlinien amerikanischer Demokratisierungspolitik 1945–1954*. In BAUERKÄMPER, Arnd Hrsg.: *Demokratiewunder. Transatlantische Mittler und die kulturelle Öffnung Westdeutschlands 1945–1970*. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht. 41–56.

En su análisis de los documentos sobre los acontecimientos de los primeros años de la ocupación estadounidense, Barbara Fait subrayó que los estadounidenses no tenían la intención de liberar a los alemanes en 1945, sino mantenerlos bajo control como enemigos, y ejercer unas medidas de castigo sobre ellos. La autora utilizaba documentos escritos originalmente en inglés para examinar el fuerte control de todos los acontecimientos importantes en los primeros años –como la creación de la constitución federal–, practicado por los americanos: “Die (Straf-)Direktive JCS 1067, von April bis Juli 1947 offizieller Richtlinienkatalog der amerikanischen Militärregierung, bringt die restriktive Haltung der Sieger deutlich zum Ausdruck.” “Germany will not be occupied for the purpose of liberation but as defeated enemy nation.”<sup>85</sup> Otro punto fuerte del análisis de Fait muestra que detrás de los esfuerzos de las autoridades de ocupación estadounidenses hacia una democracia limitada, el temor de las masas alemanas fue el siguiente: “Deutschland wird nicht zum Zweck der Befreiung, sondern als besiegter Feindstaat besetzt werden. Es war der Hauptziel der USA wie auch die anderen Siegermächte, eine neuerliche Bedrohung der Welt durch Deutschland endgültig auszuschließen.”<sup>86</sup>

En 1945 la OMGUS (Oficina del Gobierno Militar para Alemania, EE.UU.) ya tomó la decisión de establecer una nueva constitución para el país, así como para los estados federales. El organismo fundó un grupo de trabajo de la OMGUS para la preparación de la constitución en diciembre de 1946, y entre los miembros de este grupo de trabajo había un juez que anteriormente había trabajado en la judicatura estadounidense, y el profesor de derecho, Carl Loewenstein, que había emigrado de Alemania a los Estados Unidos, y volvió con los funcionarios estadounidenses. “Die Abteilung ließ sich dabei von einer im December 1945 eingesetzten Inter-Divisional Working Party on Land Constitutions beraten. Diesem Arbeitsausschuß, der sich bereits seit Dezember mit der Frage der Länderverfassungen beschäftigt hatte, gehörten hochrangige Persönlichkeiten an, so der OMGUS-Legal Advisor Joseph Warren Madden, Professor der Rechte und zeitweilig Richter am US-Court of Claims, und der von 1933 von München nach Amerika emigrierte

<sup>85</sup> Véase RUIPEPER 2005.

<sup>86</sup> Véase FAIT, Barbara (1985): “In einer Atmosphäre der Freiheit”. Die Rolle der Amerikaner bei der Verfassungsgebung in den Ländern der US-Zone 1946. *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, No. 33. 420.

Verfassungsrechtler Carl Loewenstein.”<sup>87</sup> Detrás de la fachada legal de las constituciones individuales de los estados federales, el gobierno militar estadounidense ejercía el verdadero control soberano, y las asambleas constitucionales alemanas desempeñaban sólo un papel consultivo: “Bis zum 15. September 1946 erwartete die Militärregierung die Vorlage der fertigen Verfassungsentwürfe, die nach ihrer Genehmigung nicht später als am. 3. November 1946 dem Volk zur Abstimmung unterbreitet werden sollten. (...) Mit der Anweisung verzichtete die Militärregierung aber keineswegs auf ihre alleinige Souveränität. Auch die Verfassungsgebenden Versammlungen hatten de jure nur beratende Funktionen.”<sup>88</sup> El grupo de trabajo de la OMGUS también quería resolver las decisiones finales sobre las constituciones por las asambleas constituyentes, y no por elecciones generales, pero el general estadounidense, Lucius Clay, insistió en celebrar una conferencia de prensa sobre el tema o un referéndum en su lugar. Mientras que en la práctica la OMGUS podía controlar manualmente la creación de las constituciones, Clay se mantenía preocupado por el hecho de que el público tuviera la impresión de que la constitución había sido creada por las autoridades de ocupación: “This constitution must go to the German people as free creation of their elected representatives and with the least possible taint of Military Government dictation.”<sup>89</sup> Barbara Fait también agregó en su artículo: “Andererseits waren weder Clay noch sein Stab geneigt, den Besatzungszielen oder vitalen amerikanischen Interessen zuwiderlaufende Verfassungsinhalte zu akzeptieren.”<sup>90</sup>

En mi interpretación, las investigaciones arriba citadas ofrecen una respuesta clara a la pregunta de por qué se produjo la ruptura con la idea original de la adjudicación constitucional, y por qué ocupó su lugar la posición expansiva del poder del Tribunal Constitucional alemán. Las ambiciones estaban claramente dirigidas hacia una restricción de la democracia participativa de millones de alemanes, ya que suponía una amenaza perenne para los EE.UU. y los demás estados europeos. En caso de que surja el peligro de una decisión política inaceptable por parte de las masas, los desarrollos más peligrosos podrían ser detenidos por un cuerpo poderoso; esta estructuración también garantizaba un monitoreo continuo del

<sup>87</sup> Véase FAIT 1985, 426.

<sup>88</sup> Véase FAIT 1985, 429.

<sup>89</sup> Las instrucciones de Clay fueron citadas por Barbara Fait, véase FAIT 1985, 432.

<sup>90</sup> Véase FAIT 1985, 432.

mundo occidental dominado por Estados Unidos sobre Alemania. Este modelo de la democracia limitada fue presentado al público con la legitimación de ser una democracia optimalizada, mejorada por el imperio de la ley. Puesto que los acontecimientos cotidianos de la democracia política evidencian realmente una serie de experiencias disonantes, y millones de personas sienten una fuerte aversión contra debates hostiles en el parlamento y en los medios de comunicación, los tribunales constitucionales, con sus mecanismos de toma de decisiones secretos y sus declaraciones solemnes y mediatizados, gozan de un apoyo público masivo en la mayoría de los países.

El modelo alemán de la adjudicación constitucional fue adoptado en muchos países del mundo en los años ochenta y noventa. Sin embargo, hay que considerar que esta expansión sin trabas y el surgimiento de un apoyo extendido fue posible también gracias al hecho de su aparición en los países donde antes existía alguna forma de la dictadura. Las grandes potencias que impulsaron el derrocamiento de las dictaduras –por regla general, teniendo como protagonista los Estados Unidos– podían presentar el modelo alemán de la democracia como la democracia verdadera de los tiempos modernos. Uno de los argumentos es que no ha cambiado nada respecto a los fundamentos de la democracia, sólo se ha dada otra garantía por el tribunal constitucional. Sin embargo, esto no sucede así en el poder ampliado del Tribunal Constitucional alemán, y dicha afirmación tendría validez sólo en relación con el papel modesto del original Tribunal Constitucional austríaco, en 1920. El cambio fundamental en el modelo alemán ya implica el hecho de romper con los principios políticos de la democracia, fundamentada en la voluntad de millones de personas, y este modelo creó un sistema político de toma de decisiones, vestido de argumentos legales. Por esta razón, el concepto del *Estado juristocrático* es más adecuado para caracterizar este fenómeno.

Si enfocamos nuestro análisis en la conversión del poder estatal de la democracia a la juristocracia, resalta que existe una discrepancia entre los argumentos de legitimación existentes y el verdadero poder del Estado. Surge entonces la pregunta ¿en qué dirección podrían ir los cambios para que los argumentos de la legitimación política se encuentren en mayor armonía con el funcionamiento del Estado? Cabe señalar que la transición a la forma del Estado juristocrático no significa una ruptura total con la democracia, pero sí su subyugación a un poder central más fuerte. En este caso, la base de la legitimación –aparte de la legitimidad parcial del

Estado juristocrático mediante las elecciones de la mayoría cualificada de los diputados en gran parte de los países— es el proceso de la toma de decisiones, apoyado con argumentos jurídicos precisos. Niklas Luhmann definió esta circunstancia de la siguiente manera: “la legitimidad adquirida a través de la calidad del propio proceso de la toma de decisiones.”<sup>91</sup> En este sentido, los actores del Estado juristocrático no son elegidos directamente por el pueblo, pero sus decisiones se derivan del marco normativo abstracto de la constitución, y la argumentación de esta derivación da la legitimidad específica a las decisiones del Estado juristocrático. Dicho proceso es identificable, hasta cierto punto, como una legitimación dual. Debemos subrayar que la constitución en sí misma no proporciona legitimidad a la sentencia constitucional y al tribunal constitucional. Dicha legitimidad se crea sólo por la naturaleza especial del proceso de toma de decisiones del tribunal constitucional por lo cual sus decisiones siempre se derivan de la constitución. De esta manera, por una parte, se debe ser preservar esta naturaleza derivada de las decisiones de la corte constitucional, y por otra, esta preservación siempre debe ser controlada desde el exterior.

Desde esta posición interpretativa inicial, uno puede elegir entre dos direcciones opuestas. Una posibilidad teórica es intentar reducir la adjudicación constitucional expansiva a la simple garantía constitucional y reinstaurar la interpretación jurídica de la magistratura superior insistente en el texto de la ley. De esta manera, el poder estatal volvería a colocarse en la base de la democracia política. No obstante, también surge la posibilidad de establecer la legitimidad apropiada del Estado juristocrático y que esta legitimación se vincule, en cierta medida, al principio de una democracia mejorada. Sin estos cambios, los actores del Estado juristocrático actúan con mayores distorsiones fuera del control del público, y, por otro lado, los principios de la democracia quedan aún más marginados.

La ruta reconstructiva, de la reducción del Estado juristocrático a la democracia, no requiere un análisis específico, es suficiente repetir sus principales características: el Tribunal Constitucional sirve sólo de marco para las garantías constitucionales sobre el gobierno democrático que cambia cíclicamente con el fin de mantener dentro de límites a la mayoría

<sup>91</sup> Véase LUHMANN, Niklas (1982): *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main, Surhkamp; Para sus críticos véase MACHURA, Stefan (1993): Niklas Luhmanns “Legitimation durch Verfahren” im Spiegel der Kritik. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Vol. 14, No. 1. 97–114.



parlamentaria, y para que las garantías constitucionales no puedan ser eliminadas por la mayoría del gobierno. En este caso, el tribunal constitucional funciona principalmente en interés de la preservación del sistema electoral, y las decisiones constitucionales se destinan a garantizar la libertad de formar una voluntad política con el objetivo de mantener el funcionamiento de la rotación política. Sin embargo, la determinación del contenido de las leyes –con referencia a los derechos fundamentales abstractos– ya en sí misma representa un cambio hacia el Estado juristocrático y, teniendo en cuenta las ideas de Kelsen sobre la adjudicación constitucional, debe ser rechazada.

La otra dirección es la mejora y el “ennoblecimiento” del Estado juristocrático que ya existe como práctica en muchos países del mundo, instaurada en las últimas décadas. Los esfuerzos en esta dirección deberían centrarse en la eliminación de las distorsiones estructurales existentes en el funcionamiento de los tribunales constitucionales, y, por otro lado, en un mayor acercamiento de los mecanismos constitucionales de la toma de decisiones a las exigencias de la democracia. En la actualidad, el funcionamiento de los tribunales constitucionales, fuera de la vista del público, se caracteriza por las siguientes distorsiones: 1. En muchos países no hay garantía en el mecanismo de selección de los jueces constitucionales para evitar que sean activistas políticos afiliados a partidos, y esta distorsión –además de la mala calidad del Estado juristocrático– puede poner en peligro la rotación política regular, por elecciones. 2. Los jueces constitucionales seleccionados que, por lo general, tienen experiencia previa en campos jurídicos especializados, no pueden alcanzar el nivel generalista, más abstracto, en el proceso de toma de decisiones generalizado de la sentencia constitucional. 3. Otro problema es que la actividad de los funcionarios legales del personal permanente de los jueces constitucionales disminuye la probabilidad de alcanzar el nivel de la adjudicación constitucional auténtica en el caso de jueces recién elegidos y, además, puede servir al presidente o a otros altos funcionarios del Tribunal Constitucional como excusa para sustituir el cuerpo de los jueces constitucionales por el equipo centralizado de funcionarios jurídicos. 4. Significa una distorsión adicional que en el caso de varios tribunales constitucionales, como en Hungría, el presidente del tribunal constitucional no se ve limitado por ningún automatismo respecto a la selección del ponente para casos individuales, e incluso, puede decidir él mismo en estos casos delegar los casos a sí mismo. De esta manera, en los casos más importantes la dirección de

la decisión constitucional puede ser determinada por la opinión particular del presidente. 5. También debemos resaltar como factor distorsivo el hecho de que no existe un organismo superior a los tribunales constitucionales y, de esta manera, se crean necesariamente tendencias secesionistas por medio de las cuales los jueces constitucionales son distanciados de las disposiciones de la Constitución..

Si reconocemos la verdadera naturaleza juristocrática del Estado, pero al mismo tiempo aceptamos pautas para su mejora estructural, las siguientes deficiencias de la situación actual requerirían una solución: 6. La toma de decisiones del tribunal constitucional está completamente alejada de la vista del público, y si bien esto es aceptable en el caso de los tribunales ordinarios, no puede ser tolerado en el caso de los tribunales constitucionales que, por el momento, toman decisiones determinantes según su libre discreción sobre el funcionamiento del Estado. 7. Por último, cabe destacar que, en los mecanismos jurídicos de la toma de decisiones, las organizaciones legales de las ONGs, que en su mayoría se disfrazan de defensores de los derechos humanos, se han convertido en el centro de formar una voluntad política. De hecho, son grupos de abogados de movimiento que se han adaptado al funcionamiento del Estado juristocrático y desempeñan el mismo papel que han desempeñado los partidos políticos en la democracia. Por consiguiente, hay que diferenciar estos grupos de abogados de movimiento de las simples organizaciones civiles, y debe crearse una regulación especial para ellos.

Finalmente, aunque los jueces de los tribunales supremos en varios países están involucrados en los fundamentales procesos de la toma de decisiones del Estado juristocrático, no tienen la mínima legitimidad democrática, y suelen ser elegidos por una selección corporativa, cerrada a sus cargos. Cabe señalar que, en caso de una legitimidad más fuerte, los presidentes de los tribunales supremos deberían ser elegidos al menos por la mayoría parlamentaria.

## **La selección de los jueces constitucionales**

Debido a la apertura normativa de las disposiciones constitucionales abstractas, es inevitable que los jueces constitucionales deciden en la discreción y libertad más grande, y su interpretación hace posible que sus valores individuales o su jerarquía personal de valores influyan en el proceso de

crear las sentencias. La selección de los jueces constitucionales individuales generalmente pertenece a la gama de las decisiones de los principales políticos (líderes de partidos, líderes de grupo y/o ex políticos, el jefe de Estado) y –aparte de observar los requisitos formales– su decisión en relación con la persona del juez constitucional se determina por observación de los valores políticos marcados en la carrera previa de los candidatos. Los políticos siempre intentan seleccionar a los jueces constitucionales que probablemente decidirán en una determinada dirección favorable en vista de la política actual. En consecuencia, podemos establecer como regla general que, en lo que concierne a sus valores políticos, la mayoría de los miembros de los tribunales constitucionales pertenece a uno de los bandos políticos existentes. Sin embargo, existen grandes diferencias entre ellos en cuanto al grado de intensidad de los contactos y vínculos que mantienen con los políticos de los partidos desde su nueva posición. En caso de lazos permanentes y fuertes, podemos hablar de jueces activistas de clara afiliación partidaria, pero si disminuyen estos vínculos, los jueces constitucionales individuales no pueden considerarse soldados de un partido, sólo como representantes de valores políticos de un cierto campo político. En este último caso, la opinión de los jueces no puede ser determinada por los intereses políticos de un partido.

El poder considerable de los tribunales constitucionales en el Estado juristocrático puede provocar conflictos políticos intolerables a largo plazo, si la mayoría de los jueces constitucionales tiene directas afiliaciones partidarias. En estas circunstancias, la aparición de una nueva mayoría del gobierno, que se opone sistemáticamente a la mayoría del tribunal constitucional seleccionado por las mayorías anteriores, puede llevar incluso a la paralización de la capacidad de funcionamiento del gobierno. Las luchas políticas entre el tribunal constitucional y el gobierno pueden llevar a largo plazo a un estallido abierto del conflicto. Por lo tanto, en interés de la viabilidad del sistema, los mecanismos óptimos de la selección de los jueces constitucionales son aquéllos que pueden mantener en un mínimo la vinculación política por parte de la mayoría de los jueces.

Si, debido a la necesidad de la legitimidad democrática mínima de la corte constitucional, el papel de las asociaciones profesionales legales se deja de lado en la selección de los jueces constitucionales –ya que estas asociaciones están necesariamente dominadas por los intereses de las camarillas que se encuentran detrás de la fachada profesional–, la siguiente solución más apropiada es la selección por la mayoría parlamentaria. No

obstante, debemos subrayar que dicha opción es sólo aplicable en caso de que los altos requisitos profesionales para esta selección sean definidos con exactitud por el acto del tribunal constitucional. La experiencia demuestra que a falta de una definición detallada, los partidos en el parlamento deciden en interés de la mayoría cualificada, abandonando incluso los requisitos fundamentales a fin de recibir apoyo de otras partes para su propio candidato. De esta manera, aunque la selección de los jueces constitucionales se evalúe por la mayoría parlamentaria cualificada, debe enfatizarse, como final del proceso de la selección, la importancia de los derechos de supervisión del jefe de Estado neutral que debe permanecer en el nivel de la función formal, y la nominación de un juez constitucional podría ser negada sólo si existe alguna falta en los requisitos previos formales.

Asimismo, debemos indicar que en la selección de los jueces constitucionales la eliminación de los jueces con evidentes vínculos políticos partidarios sólo es posible si se consideran a la vez las peculiaridades de los profesionales de derecho que pueden optar a la candidatura para su selección. Las profesiones de derecho se entrelazan con las actividades políticas diarias de varias maneras. Por lo tanto, en caso de los profesores de derecho es más probable que no tengan relaciones con la política diaria, y de igual forma puede caracterizar también a los jueces de los tribunales. Si la selección de los tribunales constitucionales está restringida a estas profesiones de la ley, resulta más fácil eliminar a los profesionales jurídicos de directa vinculación partidaria. Por supuesto, pueden haber excepciones en ambas direcciones, antiguos profesores de derecho pueden actuar en la corte constitucional como verdaderos activistas de un partido, y, al revés, antiguos abogados pueden ser jueces constitucionales políticamente neutrales. No obstante, la restricción arriba mencionada, como regla principal, sería útil para la selección.

### **Ascenso al rol del juez constitucional: retos epistemológicos**

No tiene mucha importancia la experiencia profesional previa del candidato a juez constitucional, puesto que cuando comienza a ejercer en el proceso de toma de decisiones de la Corte Constitucional, debe aprender una enorme cantidad de nuevas informaciones. Durante las décadas

de su carrera anterior, el nuevo juez constitucional ha sido profesor de derecho o juez en una de las áreas jurídicas especializadas, pero tiene sólo conocimientos distantes y abstractos de las demás áreas del derecho aprendidos en los tiempos de sus estudios universitarios. Sin embargo, su nueva posición exige que sea capaz de tomar decisiones en todas las áreas del derecho. La sentencia constitucional supone una jurisdicción generalizada –de acuerdo con el sistema judicial de los Estados Unidos en el que nació la idea de la jurisdicción constitucional–, la cual está en contraste con la jurisdicción especializada en Europa.<sup>92</sup> De esta manera, los profesores de derecho y los antiguos jueces son casi principiantes al asumir su nuevo rol de juez constitucional. Para cumplir plenamente las tareas de su nuevo cargo, y manejar miles de páginas de jurisprudencia creadas por el Tribunal Constitucional, deben hacer grandes esfuerzos en los primeros meses. Es posible que la legislación existente quede por completo fuera del dominio de la experiencia legal del juez recién llegado, y las informaciones que tiene se encuentren entre sus recuerdos sobre los exámenes universitarios. No cabe duda de que un profesor de derecho con un área de investigación en un campo jurídico menos limitado tiene mayor posibilidad de llegar a una visión generalizada de la adjudicación constitucional. En cambio, la maduración en el rol del juez constitucional, en muchos casos, es un problema casi insoluble para los abogados que anteriormente

<sup>92</sup> Véase la literatura más importante sobre la comparación de la justicia generalista y especializada POSNER, Richard A. (1983): Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function. *Southern California Law Review*, Vol. 56, No. 2. 761–791.; WOOD, Diane P. (1997): Generalist Judge in a Specialized World. *SMU Law Review*, Vol. 50, No. 4. 1755–1768.; DAMLE, Sarang Vilay (2005): Specialize the Judge not the Court: A Lesson from the German Constitutional Court. *Virginia Law Review*, Vol. 91, No. 4. 1267–1311.; BAUM, Lawrence (2009): Probing the Effects of Judicial Specialization. *Duke Law Review*, Vol. 58, No. 6. 1667–1684.; KRITZER, Herbert (2011): Where Are We Going? The Generalist vs. Specialist Challenge. *Tulsa Law Review*, Vol. 47, No. 1. 51–64.; CHENG, Edward K. (2008): The Myth of the Generalist Judge. *Stanford Law Review*, Vol. 61, No. 2. 519–572.; VLADECK, Steve (2012): Judicial Specialization and the Functional Case for Non-Article III. Courts. *JOTWELL*, 2011. 11. 04. Fuente: <https://courtslaw.jotwell.com/judicial-specialization-and-the-functional-case-for-non-article-iii-courts> (consulta: 2017. 10. 17.); RÜEFLI, Anna (2013): Spezialisierung an Gerichten. *Justice – Justiz – Giustizia*, No. 2. 2–18.

han trabajado en un campo muy especializado del derecho (como abogado, juez, jurista, etc.).<sup>93</sup>

Sin embargo, ésta es sólo una posición inicial porque la estructura y la práctica de la toma de decisiones de la corte constitucional hacen más probable el ascenso al papel del juez constitucional auténtico, aunque esta práctica podría ser, en gran medida, un obstáculo. Si el juez constitucional recién elegido cuenta con un permanente personal designado con muchos años de experiencia y práctica para enseñarle, esto conlleva que el recién llegado se somete a una tutela profesional informal, lo que, a falta de sus propios esfuerzos, puede prolongarse incluso hasta el final de su mandato. De hecho, el juez constitucional necesita a los secretarios judiciales sólo cuando se hace el relator de un caso para que le preparen el proyecto. En este caso puede entregar los detalles técnicos de la preparación del proyecto a los funcionarios de la ley, mientras que él trata solamente los aspectos más importantes del caso. De este modo, cuando se trata del borrador de otros compañeros –y ésta es la regla principal en un cuerpo que consta de diez a quince miembros– el juez constitucional individual puede tratar el proyecto con su documentación completa. El personal experimentado del predecesor del nuevo juez constitucional también le facilitar su proceso de aprendizaje, por ejemplo de modo que pueda saltar las cientos de páginas de los expedientes, y tenga que memorizar sólo los casos individuales descritos en unas pocas páginas, y hechos por uno de los escribanos a fin de ayudarle en las reuniones. Por supuesto, ésta es una manera conveniente, pero si el nuevo juez constitucional opta siempre por esta vía, es muy probable nunca se convierta en un juez constitucional auténtico; permanecerá como un mero delegado de sus compañeros de trabajo en las

<sup>93</sup> El americano Richard Posner nos llama la atención a la divergencia entre el sistema judicial europeo y americano, y que esta diferencia surge de la gran divergencia entre la estructura de éstos dos: “In Europe the judiciary is much more specialized than it is in this country; and I am not prepared to assert that is a bad thing, given the very different structure of the Continental system. I have serious reservations, however, about trying to graft on branch of that system, namely the specialized judiciary, onto an alien trunk.” POSNER 1983, 778. El argumento de Posner, sin embargo, puede ser revertido por lo contrario, y se puede concluir que en la Europa continental –especialmente después del cambio de régimen de 1989 en los países de Europa central y oriental– un componente del sistema de la jurisdicción generalizada fue adoptado por los Estados Unidos en Europa. El Tribunal Constitucional generalizado se situó sobre el sistema judicial especializado sin ver el problema de la subordinación de los Tribunales Supremos especializados al Tribunal Constitucional generalizado.

sesiones y en la toma de decisiones de la corte constitucional. Desde el punto de vista sociológico no es un problema para los otros compañeros que un nuevo juez constitucional siga siendo principiante durante todo su mandato, e incluso puede ser el favorito de la corte constitucional con esta actitud de mínimo esfuerzo. Así los demás jueces no tienen que temer a que su compañero sea conflictivo en los debates, y de esta manera prolongue innecesariamente el tiempo para tomar una decisión. A lo sumo, puede surgir un problema para la mayoría de los jueces si los funcionarios legales del juez quieren bloquear la dirección de la toma de decisiones a través de su figura. Esto, aunque no sea muy grande su posibilidad, con toda seguridad representa una distorsión, y cuando varios miembros de la corte constitucional permanecen en una posición tan dependiente a los funcionarios legales, comienza a emerger gradualmente —detrás de la gran legitimidad parlamentaria de los jueces constitucionales elegidos— otra entidad formadora de voluntad en el centro del Estado juristocrático. Por lo tanto, es necesario examinar cómo prevenir y tratar estas distorsiones organizativas, y cómo garantizar el desarrollo profesional individual de un nuevo juez hasta que se convierta en un juez constitucional auténtico.

Debe colocarse en el centro de los cambios el énfasis en el desarrollo profesional de los nuevos jueces constitucionales, aparte de su área de especialización de derecho, y hay que fomentar su capacidad de toma de decisiones generalizada, sin que necesiten de la tutela constante de su personal permanente. El cambio más importante sería que en el primer año de su toma de cargo no designaran al nuevo juez constitucional a un personal jurídico asistente, puesto que este cambio estructural motivaría a los jueces constitucionales recién elegidos a seguir más de cerca los borradores de sus compañeros, y analizar los propios suplementos (por ejemplo, las presentaciones de los querellantes, las sentencias judiciales en primera y segunda instancia, etc.). Al inicio de su nueva carrera, estos análisis implicaría una gran carga de trabajo, sobre todo, en los ámbitos jurídicos que estén lejos de su experiencia profesional, pero tras el estudio exhaustivo de varios cientos de proyectos de decisiones, en algunos años el nuevo juez constitucional se convertiría en un verdadero generalista en casos de derecho penal, derecho civil, derecho administrativo, derecho laboral, etc.

Sin embargo, estos cambios y la urgencia de analizar los proyectos de decisión pueden ser efectivos sólo si las disposiciones de la ley sobre el tribunal constitucional obligan a todos los jueces constitucionales a hacer una declaración escrita en cualquier proyecto de decisión. Este detalle también

tiene mucha importancia para los jueces con mayor experiencia –quienes no deberían probar la paciencia de sus compañeros con improvisaciones y con la formulación de su posición sobre cuestiones ya estando presentes en las sesiones– pero es especialmente importante para un nuevo juez constitucional. La consecuencia de esta obligación sería que el juez recién elegido no podría contentarse con escuchar pacíficamente los debates y aprobar con una sonrisa amistosa las posiciones de sus colegas, puesto que debería comentar explícitamente los aspectos más importantes del caso. Por lo tanto, la eliminación del personal jurídico dedicado sólo puede surtir su efecto beneficioso si el nuevo juez constitucional está realmente presionado para tratar los expedientes de los casos y los proyectos de decisiones.

### **Las posibilidades de una reforma con continuidad de funciones: el equipo de juristas permanentes**

Junto con la adopción de la adjudicación constitucional de América se asumió el sistema de asistencia de los jueces constitucionales que se dedica al trabajo técnico de la toma de decisiones. Así, en la mayoría de los países hay un equipo de funcionarios (personal científico, asistentes legales, etc.) que forman parte del equipo personal de cada juez constitucional, son designados de una manera ad hoc, y su trabajo permanente se centra bajo la presidencia del tribunal constitucional. Sin embargo, esta institución en Europa era muy diferente de la estadounidense. En su forma original los empleados de la ley eran estrictamente seleccionados por los jueces individuales entre los estudiantes de derecho por un período de un año. Sin embargo, en Europa y en la mayoría de los países del mundo son jueces generales o abogados experimentados los que forman el equipo de los empleados jurídicos. Además, este equipo ya no es temporal, sino que se integra en la corte constitucional como un sistema auxiliar, colaborador permanente por muchos años. En varios países (en Hungría también) se puede nombrar a los empleados de por vida, poniéndoles a cargo de la tutela sobre los jueces constitucionales nuevos e inexpertos. En la mayoría de los países estos empleados son seleccionados por el presidente de la corte o un alto funcionario designado por él, aunque algunos de ellos formalmente son empleados de los jueces constitucionales individuales.

Esta presencia de un corpus jurídico profesional permanente transforma de manera fundamental la relación entre el juez constitucional y sus



empleados, y también modifica el estatus de los jueces constitucionales en la estructura de la corte constitucional. Estos cambios han alcanzado distintos grados en los diferentes países. Para entender esto es suficiente comparar la manifestación europea particular con el sistema original de los asistentes jurídicos estadounidenses. De este modo también podemos resaltar los efectos de estos cambios en los países afectados en mayor o menor grado. En el sistema original de los Estados Unidos respecto a los empleados jurídicos cada juez de la Corte Suprema ocupa una posición soberana en la toma de decisiones contra sus secretarios de oficio que cambian anualmente, y sólo se dedican a tramitar los detalles técnicos de estas decisiones. Por consiguiente, su peso real en la toma de decisiones es incomparablemente menor que el de los jueces. El sistema de la Corte Constitucional de Turquía es el que está más lejos de este sistema. Los jueces constitucionales turcos no cuentan con equipo propio de empleados, el tribunal constitucional entero dispone de un equipo técnico central. Estos empleados son estrictamente subordinados al presidente, y trabajan bajo la supervisión directa de un alto funcionario. Aparte de esta diferencia estructural, los proyectos de decisión no se elaboran por los jueces constitucionales como ponentes, sino que un funcionario permanente es seleccionado en cada caso individual para esta tarea por parte del presidente. Los jueces constitucionales pueden recibir los borradores antes de la reunión, y repasarlos con el empleado que lo ha hecho. Estos empleados técnicamente son “jueces constitucionales adjuntos”, y no simples empleados elevados, de esta manera, al centro del proceso de la toma de decisiones del tribunal constitucional. Por lo tanto, es un mecanismo en el que el presidente del tribunal constitucional está en el centro y, con la ayuda de los jueces constitucionales, puede dominar todo el proceso, y los jueces constitucionales individuales solamente se involucran en cierto grado en la preparación de los borradores de los empleados, ejerciendo meramente un control externo. Necesitaríamos estudios adicionales para revelar las posibilidades reales en términos de influencia en la toma de decisiones por parte de los jueces del Tribunal Constitucional de Turquía, pero podemos afirmar a nivel general que debe ser baja.<sup>94</sup> En este caso, el poder de deci-

<sup>94</sup> La dependencia del Tribunal Constitucional turco respecto del personal permanente el que resuelve los proyectos de decisión, también puede verse en el análisis de la Comisión de Venecia de 2011. Véase: *Opinion on the law on the establishment and rules of procedure of the constitutional court of Turkey*. Adopted by Venice Commission at its 88th plenary session 14–15 October 2011, 8–12.

sión del Tribunal Constitucional en efecto está en manos del Presidente del Tribunal Constitucional quien tiene el derecho a determinarlo en un sentido estricto, y todo el sistema constitucional no es más que un disfraz, puesto que el poder real es del jefe de Estado.

Si en la escala de los dos extremos anteriormente mencionados dejamos a un lado el ejemplo de la centralización vigente en Turquía, y nos acercamos al centro, el Tribunal Constitucional de Rumanía se ofrece como un ejemplo moderado de la organización centralista de los asistentes jurídicos. Los empleados rumanos son diputados jueces constitucionales, pero no disponen de la potestad de ponente, y son los jueces constitucionales reales los que son elegidos por el presidente para crear un proyecto de decisión. Los magistrados constitucionales, al igual que en Turquía, también se encuentran en el centro de la toma de decisiones –por su posición interna están dentro de la división jerárquica–, y en la práctica los ponentes pueden formular su propia posición en el proyecto, sólo en aquellos casos en los que tienen aspectos políticos claros. Un paso más hacia la autonomía del corpus asistente es el papel del personal permanente del Tribunal Constitucional croata. Allí los empleados oficialmente no son diputados jueces constitucionales, sino que forman el equipo de los jueces constitucionales individuales. Sin embargo, tienen un papel clave que puede verse en el hecho de que la Ley sobre la Corte Constitucional croata expresa explícitamente en sus disposiciones que los empleados pueden estar presentes como participantes en las reuniones y los debates.<sup>95</sup> Asimismo, esta ley permite explícitamente el juez constitucional del ponente entregue al empleado en la reunión la tarea de presentar un proyecto. De esta manera, los jueces constitucionales pueden escaparse por completo del trabajo de los análisis documentales, y observar los borradores preparados por los empleados en su nombre. En este sistema de toma de decisiones, los jueces constitucionales se convierten en simples extraños, y por lo general permanecen lejos del papel de jueces constitucionales auténticos, como los rumanos y los turcos, aunque los proyectos de decisión son preparados formalmente en su nombre.

---

<sup>95</sup> Véase el artículo 47.2 de la ley croata sobre el Tribunal Constitucional en inglés: “Unless the Constitutional Court decides differently the secretary general and the legal advisors of the Constitutional Court and the head of the Office of Records and Documentation are present at the Sessions and may take part in deliberations.” and Art. 48. (2): “The judge may authorize the legal advisor to present the case to the Sessions.”

El siguiente paso en la escala entre los dos extremos es la centralización y asignación individual del personal jurídico como asistencia de cada uno de los jueces constitucionales que es el modelo organizativo del tribunal constitucional de Hungría. En nuestro país los empleados de los jueces constitucionales también tienen un papel importante en la toma de decisiones, pero su involucramiento depende de la personalidad del juez constitucional, y existen grandes diferencias entre los equipos de los distintos jueces constitucionales por lo que se refiere a la transferencia de la decisión esencial al equipo técnico.<sup>96</sup> Por otra parte, los miembros del personal no pueden participar en las sesiones plenarias de los jueces; de este modo, el juez constitucional siempre debe seguir los detalles del proyecto para poder participar en los debates. No obstante, como los empleados constitucionales en Hungría tienen una práctica constante, son los encargados de esta tarea durante muchos años –bajo el empleo de la presidencia, pero también en los equipos de los jueces constitucionales individuales–, y en muchos casos son los propios jueces a quienes dirige su equipo formado por empleados experimentados a lo largo del proceso de la toma de decisiones. Esto supone una tutela sobre los nuevos jueces constitucionales durante los primeros meses (o años), y de esta manera, el trabajo de la toma de decisiones puede pasar por completo a las manos de los empleados.

Del análisis anterior se deduce que el principal obstáculo de la realización profesional de un juez constitucional es el sistema de empleados diseñado justamente como su soporte. En algunos países este obstáculo de llegar al funcionamiento auténtico aparece al tratarse del conjunto del tribunal constitucional. En el caso turco esto va hasta el extremo toda la institución de la adjudicación constitucional se vuelve una fachada, con algún esmalte de la ley, donde se incrementa la legitimidad del poder del jefe de Estado. En cambio, en Rumania y Croacia esta institución también representa sólo uno de los centros los que pueden ser utilizados contra

---

<sup>96</sup> Los resultados de una encuesta empírica se publicaron en la revista de la Corte Constitucional húngara y un tercio del número de juristas constitucionales que definen la esencia del proyecto es un tercio de los que también comparten esta tarea con sus colaboradores. Tercero se decidirá sobre el fondo del proyecto por los empleados sin el juez constitucional. Véase ORBÁN Endre – ZAKARIÁS Kinga (2016): *Az alkotmánybírószági érdemi munkatársak szerepe Magyarországon* [El papel de los funcionarios de la Corte Constitucional en Hungría]. 2016/2 *Alkotmánybírószági Szemle*, Vol. 6, No. 2. 114.

otras partes del poder estatal, por los actores que dominan desde el exterior los mecanismos de la toma de decisiones de la corte constitucional. A fin de evitar la distorsión de la adjudicación constitucional dentro de un mero juego por el poder –y, por lo tanto, el desmontaje de todo el Estado juristocrático– es necesario introducir algunos cambios en el sistema de los empleados constitucionales.

En el análisis anterior ya hemos indicado las condiciones estructurales que deberían ser prescritas por las disposiciones de la ley sobre el tribunal constitucional a fin de que los jueces constitucionales recién elegidos se vieran obligados a abandonar su estrecha especialización y desarrollarse para ser capaz de realizar el modo generalizado de la sentencia constitucional, y de este modo llegar a lograr la competencia de un juez constitucional auténtico. Debemos subrayar una vez más las disposiciones legales que exijan obligatoriamente la opinión escrita de los jueces constitucionales, presentada antes de las reuniones, así como que en el primer año el juez constitucional recién nombrado no disponga de empleados propios para garantizar de esta manera su involucramiento personal en el proceso de la toma de decisiones. En nuestra opinión, esta es la única forma viable para fomentar el desarrollo profesional individual de los jueces constitucionales. Debe reconocerse que a falta de una legislación pertinente, y debido a la lógica de los mecanismos corporativos de la toma de decisiones, a los nuevos jueces constitucionales les anima más seguir siendo dependientes a lo largo del mayor tiempo posible. Para la actual mayoría de los jueces constitucionales de gran experiencia, el mejor estatus es si el corpus de los jueces se compone por una docena de miembros sonrientes y pacíficos, y los jueces inexpertos tienden a apoyar los borradores de los antiguos.

Sin embargo, estas normas para el cambio aún no son suficientes porque si el sistema de equipos de empleados permanentes permanece inalterado, siempre es posible que, en el caso de los jueces constitucionales individuales, se eternice la tutela de los empleados permanentes sobre su juez constitucional. Por lo tanto, es necesario tener en cuenta como requisito elemental que se debe abolir el sistema de los funcionarios legales permanentes, y suspender la tutela de los nuevos jueces constitucionales. Así, limitar el empleo de los funcionarios de la ley para el ciclo de los jueces constitucionales es de importancia fundamental, y emplear a los nuevos asistentes legales –al cabo de una interrupción de un año– sería el requisito mínimo en caso de los nuevos jueces constitucionales. No

obstante, la solución óptima es adoptar el sistema de los asistentes legales de cargo temporal (un año) de los Estados Unidos, y extenderlo como práctica común en todos los tribunales constitucionales del mundo.<sup>97</sup> El tribunal constitucional es el núcleo del Estado juristocrático, y, de esta manera, sería posible llegar a un acuerdo de funciones según el cual el centro decisivo se compondría por auténticos jueces constitucionales quienes prepararían las decisiones del tribunal constitucional.

## La automatización de la selección de los ponentes

Un requisito previo importante para la independencia judicial y la actividad judicial imparcial es la distribución automática de los casos entre los jueces, no decidido por el presidente de la corte a su voluntad. Los tribunales constitucionales deciden regularmente sobre los casos más importantes en un órgano más amplio –en general de 10 a 15 personas– y, por lo tanto, es importante que desempeñen el papel de ponente. La dirección de los debates en la reunión y, por último, la sentencia puede ser determinada por el proyecto de decisión del ponente, si puede ganar el apoyo de la mayoría con compromisos inteligentes. Por esta razón, la designación de del ponente también implica, en cierta medida, una decisión preliminar sobre el fondo de la sentencia. De esta manera, si alguien puede decidir a su voluntad, en un caso determinado tiene la posibilidad de excluir de esta tarea a ciertas personas –aunque su posición debería limitarse, a lo sumo, a una disidencia–, y por otro lado, conociendo las opiniones de los jueces, puede determinar también la dirección del proyecto. Por consiguiente hay que observar los reglamentos que se encuentran en los tribunales constitucionales y, a continuación, examinar la situación en Hungría al respecto.

Es lógico empezar este análisis con los Estados Unidos de donde fue transferido a Europa la idea de la adjudicación constitucional. En los EE.UU. la decisión sobre la persona que será el ponente está, en cierto grado, automatizada. Existe una sesión de votación antes de comenzar el

<sup>97</sup> En la nota de pie de página se debe mencionar la posibilidad de “robot lawyer”, utilizado por las principales oficinas de Nueva York y algunos planes futuros de su implementación. A través del uso futuro de estos algoritmos en los procesos de toma de decisiones constitucionales, la autonomía de los jueces constitucionales podría ser fundamentalmente incrementada, y podría ser utilizada especialmente en asuntos de rutina (lo representaría el 90% de la carga de trabajo).

debate en la sesión plenaria, y cada juez vota, apoyando o rechazando la denuncia presentada. Después del voto general, seleccionan al juez que preparará el proyecto, pero sólo un juez, que pertenezca a la mayoría, puede ser relator. El ponente es seleccionado por el miembro más antiguo, entre los miembros de la mayoría. El presidente no tiene poder de seleccionar al ponente, sólo en el caso si, después de la votación, es miembro de la mayoría. Cuando sucede esto, el presidente puede tomar la decisión o él mismo hará el diseño, independientemente de su antigüedad.<sup>98</sup>

En el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán, la cuestión de la selección del ponente se facilita por el hecho de que en Alemania el propio Tribunal Constitucional se ha acercado, en cierta medida, a la jurisdicción especializada. Su división en senados –inexistente en otros organismos nacionales parecidos– significa una aproximación a la especialización, y ambos tienen conocimientos sobre distintas partes de la Ley Fundamental alemana. De este modo, la asignación de las denuncias entre los senados es automática, y la distribución se realiza conforme a las disposiciones de la Ley Fundamental que fueron determinadas por la queja constitucional. Esta especialización parcial se acentúa aún más por el hecho de que los jueces constitucionales alemanes se dedican a áreas jurídicas más específicas dentro de los senados (derecho laboral, derecho financiero, derecho penal, etc.), y el sucesor siempre hereda de su predecesor un ámbito jurídico determinado. Así que cada juez constitucional recibe automáticamente las quejas que pertenecen a su área legal. A fin de evitar la confusión, sigue siendo importante señalar que a pesar de la especialización a nivel de redacción, en Alemania se mantiene la decisión constitucional generalizada, puesto que las decisiones de la Corte Constitucional Federal se toman por todos los miembros del Senado.

Antes de presentar la situación húngara, debemos subrayar que en 1989, cuando se estableció el tribunal constitucional del país, no se percibía esta problemática de la asignación de los casos, y por tanto quedó fuera de la regulación legislativa que dirigía el funcionamiento de la corte húngara. En la práctica desarrollada desde entonces, por lo general no se daba importancia tampoco a la elección del ponente, y el presidente del Tribunal Constitucional podía decidirla personalmente. Esta práctica de

<sup>98</sup> Véase Kovács Virág (2013): Az (alkotmány)bírói döntéshozatal dimenziói. Amerikai empirikus kutatások tanulságai. *Délkelet-Európa – South-East Europe International Relations Quarterly*, Vol. 4, No. 1. 13.

veinte años fue incorporada a la nueva Ley de la Corte Constitucional en 2011 en la que se declara explícitamente que el ponente debe ser designado por el presidente. Merece la pena mencionar que el personal ministerial no percibía la problemática de esta regla, ya que no existía ninguna investigación sobre el tribunal constitucional –su organización, procedimientos, el proceso de la toma de decisiones, etc.–, y no sólo en Hungría, sino, hasta cierto grado en toda Europa. (En la mayor parte de la investigación de la adjudicación constitucional sólo reciben atención los detalles de las decisiones sobre casos concretos, o cuestiones de la filosofía jurídica.)

Según la información que tenemos, el poder ilimitado del presidente de seleccionar al ponente surgía paulatinamente a principios de los años noventa. Para dicha selección generalmente se tomaba en cuenta el ámbito jurídico de la praxis anterior del juez constitucional en cuestión, sin embargo, esta práctica no se ha vuelto una costumbre, y en la actualidad el presidente no tiene esta obligación. El supremo de la corte decide libremente en relación con la asignación, e incluso, puede mantener decenas de casos en su propia competencia; además, como ponente puede preparar el proyecto junto con su personal o con la adición de los empleados de otros jueces constitucionales. El presidente del Tribunal Constitucional italiano también dispone del derecho sin restricciones a elegir al ponente. Probablemente no es una equivocación afirmar que mientras que en el caso de los tribunales ordinarios la distribución de los casos entre los jueces por el presidente del tribunal a su propia discreción sería una gran ofensa, la práctica de los tribunales constitucionales parece más relajada en este sentido. En algunos países –como en Hungría– esta práctica es ilimitada, y si este poder ilimitado se combina con la retención de decenas de casos por parte del presidente, y la tramitación práctica de la toma de decisiones se ejerce por el equipo centralizado de los empleados permanentes, podemos entender el verdadero impacto del modelo de toma de decisiones del Tribunal Constitucional turco que es la violación más profunda de la idea de la adjudicación constitucional. Por lo tanto, es de primordial importancia crear un sistema que automatice la selección del ponente en los procesos de la toma de decisiones constitucionales individuales. La calidad de la actividad jurídica del Estado juristocrático sólo puede mejorarse con dicha automatización, ya sea adaptando el modelo estadounidense, alemán u otro.

## **La vinculación del Tribunal Constitucional a la Constitución**

Los jueces constitucionales son activos en el proceso más alto de la toma de decisiones del poder estatal, protegiendo e interpretando la constitución. Para desarrollar independientemente sus funciones, se debe minimizar el impacto de cualquier intento de influencia personal. Los jueces constitucionales están directamente conectados con el poder constituyente, y ningún otro órgano estatal debería intervenir en esta actividad. Pero la imposibilidad del control plantea la cuestión de quién asume el papel de vigilar a los guardias supremos. Existen numerosos incentivos estructurales y otras motivaciones subjetivas que pueden distorsionar la imparcialidad, y los jueces constitucionales no controlados pueden convertirse en la mayor amenaza a la constitución. La principal tarea del Tribunal Constitucional –la anulación de las leyes por no corresponder a la constitucionalidad– en la democracia política es, por naturaleza, el desencadenante habitual del entusiasmo de los partidos de la oposición, de sus medios y antecedentes intelectuales. (Es irrelevante que esta anulación pueda conllevar la violación explícita de las disposiciones de la Constitución). Por consiguiente, si los medios de comunicación están en contra del gobierno por un prolongado período de tiempo, las decisiones de la corte constitucional pueden llegar a consolidar una nueva constitución en lugar de la original, mientras que los jueces constitucionales siguen alabados por los medios de comunicación como los verdaderos ejemplos de convicción y dedicación profesional.

Teniendo en cuenta estos peligros, en mi interpretación es inevitable establecer en el futuro un control sobre el tribunal constitucional. No obstante, debemos subrayar que tal moción debe ser desarrollada con la mayor precaución para que no sea posible convertirla en un instrumento de venganza política particular contra los jueces constitucionales. Por lo tanto, en el caso de una flagrante violación de las disposiciones de la constitución por su decisión, la sanción de los jueces constitucionales debe ser impuesta sólo con la ratificación de una mayoría parlamentaria muy alta. Por ejemplo, la imposición de esta sanción con una mayoría de tres tercios en el Parlamento podría ser lo suficientemente alta como para que las fuerzas políticas y sus coaliciones no puedan utilizarla en su interés político. Sin embargo, en caso de un consenso excepcionalmente grande, sería posible saltar dicha sanción, y si se estimase necesario, sería posible tomar



la decisión de declarar la terminación del mandato de los jueces constitucionales que apoyaban la decisión no constitucional. Estos mecanismos de sanción, aunque resulten difíciles de imponer, funcionarían como un símbolo aleatorio, una espada de Dámocles sobre la cabeza de los jueces constitucionales, impulsándoles a no desviarse de las disposiciones de la constitución. La incorporación de esos mecanismos de sanción en la constitución y el establecimiento de un centro de vigilancia parlamentaria sobre las decisiones del tribunal constitucional, constituido por los delegados de los partidos del gobierno y de los partidos de la oposición, podría ser de suma importancia para obligar a los jueces constitucionales a la consideración de la Constitución.

## **La abolición del secreto del Tribunal Constitucional**

Si un tribunal puede formular su sentencia en casos de precisas disposiciones legales, y desarrolla sus propias interpretaciones dentro de un marco estrecho, la declaración pública de la sentencia y su justificación escrita son suficientes para el control público. En interés de las sesiones no perturbadas del tribunal, el secreto de las deliberaciones puede ser aceptado. Las decisiones de los tribunales constitucionales por lo general proponen soluciones a unos problemas fundamentales del Estado o de la sociedad, y estas decisiones no emanan de una simple interpretación de la ley, sino de una consideración muy amplia y libre de las declaraciones constitucionales amplias y los derechos generales. Asimismo, el tribunal constitucional puede referirse al concepto jurídico de un derecho tan ampliamente definido como el derecho a la integridad de la dignidad humana o el derecho a la libertad de acción general. Las constituciones generalmente contienen normas abiertas, declaraciones y valores constitucionales; en consecuencia las disposiciones constitucionales obtienen el contenido más exacto sólo en las decisiones constitucionales. En la mayoría de los casos la inconstitucionalidad de las leyes y de las sentencias ordinarias de los tribunales –o su calidad opuesta, constitucional– se expresa sobre la base de las decisiones anteriores del tribunal constitucional, con una mera referencia formal a la disposición constitucional pertinente. En un sentido generalizado, podemos establecer que los procesos de toma de decisiones de la corte constitucional equivalen al trabajo constitucional continuo de una asamblea constitucional. Los resultados de este trabajo son las

decisiones de la corte que determinan no sólo los casos individuales, sino también la base constitucional para las decisiones posteriores del propio tribunal. El concepto del Estado juristocrático subraya las implicaciones prácticas de este modelo; el proceso de toma de decisiones del Tribunal Constitucional, que es un centro de poder del Estado, no puede ser tan oculto a la vista del público como en el caso de la práctica de los tribunales ordinarios. Existen ejemplos prácticos de las aspiraciones a crear alguna forma de control público sobre estos procesos, las que, por una parte, exigen que las motivaciones y consideraciones en los procesos de toma de decisiones constitucionales individuales sean abiertas, y, por otra parte, intentarían lograr que los jueces constitucionales tuvieran motivaciones suficientemente fuertes para prepararse de la mejor manera posible para los debates de la corte. Como consecuencia de este cambio, sería necesario formular con detalles sus posiciones antes del comienzo de las sesiones, y no durante de ellas en forma de una lluvia de ideas.

Podemos identificar dos distintos enfoques para el establecimiento práctico del control público. Una forma sería la apertura total de las sesiones y deliberaciones de la corte constitucional, y, en las que podrían estar presentes libremente periodistas y otras personas públicas, al igual que en las comisiones parlamentarias. El otro enfoque no modificaría el sistema de las consultas cerradas del tribunal constitucional, pero haría obligatorio publicar las transcripciones integrales de las reuniones de la corte después de la finalización de los procesos de toma de decisiones individuales. Según esta sugerencia, las transcripciones de las sesiones pertinentes de la corte deberían ser publicadas en la página web del Tribunal Constitucional junto con la propia decisión. La primera solución sería, en mi opinión, innecesaria y conduciría a la interrupción incesante del trabajo de la corte. No obstante, estimo que la segunda opción no tendría inconvenientes, y el control público crearía beneficios de valor añadido. En tal caso, todos los jueces constitucionales deberían participar en las reuniones, sabiendo de antemano que más adelante, el examen de su actividad se pondría a disposición del público general, incluyendo detalles como el planteamiento de los argumentos individuales en contra de la decisión, la forma en la que las disposiciones constitucionales pertinentes fueron mencionadas y construidas (o simplemente rechazadas), las verdaderas motivaciones de los jueces constitucionales individuales que participaron en el debate, etc. La toma de decisiones podría verse en la solución propuesta por el público. La creación del fondo técnico para la implementación de esta solución no

plantea un problema difícil, ya que el sistema de la transcripción de las sesiones en su integridad ya funciona en el caso de las reuniones y de las comisiones parlamentarias, con personal dedicado. Además, el creciente robotización de la tecnología en la actualidad igualmente podría aprovecharse a favor de la misma función. Con el nuevo sistema de publicidad de las deliberaciones del Tribunal Constitucional surgiría la posibilidad del análisis permanente, basado en los argumentos o contra argumentos de los debates, de la toma de decisiones por parte del centro de control anteriormente mencionado, con el valor adicional de la detección temprana de cualquier alejamiento interpretativo de la Constitución original.

## **La separación de los jurados de movimiento de los organismos no-gubernamentales**

En las democracias millones de ciudadanos votan por partidos y candidatos a diputados, ejerciendo de esta manera el control mediatizado de la dirección básica y las decisiones sobre la sociedad y la política estatal. El Estado juristocrático presenta un carácter enteramente diferente, puesto que traslada la autoridad sobre la mayoría de las decisiones fundamentales del Estado de los órganos parlamentarios al Tribunal Constitucional y los demás tribunales supremos. De esta manera, ya no es suficiente que los electores ejerzan su deber democrático en las elecciones, sino que deben tratar de involucrarse directamente en los procesos de toma de decisiones del tribunal constitucional y de los demás tribunales supremos para contrarrestar su influencia en la estructura del Estado juristocrático. En los últimos decenios estos esfuerzos han llevado al fuerte aumento del número de fundaciones de derechos humanos dentro de los círculos de las organizaciones civiles y asociaciones que ejercen su efecto en el nivel de las luchas políticas diarias. En el Estado juristocrático estas organizaciones de abogados de movimiento cumplen las mismas funciones que los partidos políticos tradicionales en una democracia.

Disputas judiciales ante los tribunales y quejas constitucionales presentadas ante el Tribunal Constitucional dirigen las actividades de estos organismos, sin embargo, estas actividades son impulsadas con fines políticos que tienen como meta defender el interés y los valores de grandes grupos sociales, luchando por estos fines políticos mediante quejas legales y constitucionales. Por otro lado, estas fundaciones y organizaciones de

derechos humanos también están directamente involucradas en las acciones de desobediencia civil, pero en estos casos la lucha por los intereses grupales no se alimenta por argumentos legales sino que tiene su fundamento en el noble pathos moral: lucha por la justicia – como fue propuesto por Rudolf von Jhering hace 150 años.<sup>99</sup> Inicialmente, en la década de los sesenta, los abogados de movimiento en la revolución estadounidense de derechos civiles practicaron sólo la primera de las dos direcciones de combate. No obstante, en los últimos años ha empezado la exportación de las estrategias de lucha callejera a Europa y a otras partes del mundo, desarrolladas anteriormente en los Estados Unidos, en forma de fundaciones y asociaciones de derechos humanos. Fueron los ambientalistas que desarrollaron por primera vez estas técnicas combativas quedeseembocaron en manifestaciones violentas y otras formas de confrontación física mediante las cuales se provocó la destrucción de instalaciones dirigidas contra los derechos protegidos (tecnología ambiental). Podemos citar como ejemplo de esta actividad el hundimiento de los barcos balleneros en los puertos, etc. Estas técnicas, sin embargo, iban extendiendo portodo el ámbito político, y en los últimos años las organizaciones de los abogados del movimiento ya las han utilizado contra amplias áreas de la política estatal. De esta manera, los medios de lucha de las batallas callejeras, junto con los antiguos medios de los procedimientos judiciales, dirigidos políticamente, entraron en el inventario de la campaña del movimiento. La denominación de estas técnicas también iba transformando, de demostraciones a “acción política directa”.<sup>100</sup>

La admisión de la existencia del Estado juristocrático y, por lo tanto, la abolición de su existencia oculta detrás de la forma de democracia, hace necesario que los organizadores del movimiento de los abogados asumieran un papel más público. Si la publicidad de la toma de decisiones del

<sup>99</sup> Véase JHERING, Rudolf von (1872): *Der Kampf um das Recht*. Wien, Verlag der Buchhandlung G. J. Manz'schen. Aunque se advierte que el movimiento de abogados estaba bastante lejos de la reflexión de Jheirng. Véase JENKINS, Iredell (1960): Rudolf von Jhering. *Vanderbilt Law Review*, No. 14. 169–190. Para la teoría legal y social de Jhering, véase mi estudio anterior, POKOL Béla (2009): Jhering jog-, morál- és társadalomelmélete [La teoría legal, moral y social de Jhering]. *Jogelméleti Szemle*, Vol. 10, No. 1. 2–38.

<sup>100</sup> Para un análisis detallado, véase un artículo anterior del autor, POKOL Béla (2005): Politikai agytrösztok, alapítványok és közvetlen akció csoportok – a politikai akaratképzés struktúráváltózása [Grupos de reflexión política y grupos de acción directa]. *Jogelméleti Szemle*, Vol. 6, No. 1. 3–15.

tribunal constitucional debe ser obligatoria, de la misma manera sería necesaria la definición de la función real de las fundaciones de derechos humanos y otras organizaciones jurídicas, puesto que representan otra faceta del mismo poder estatal, y no se trata sólo de ONG, sino también de organizaciones de combate, recortadas para batallas constitucionales.

No cabe duda que el público debería ejercer un mayor control –tal y como sucede en el caso de los partidos políticos– sobre la organización de la abogacía de movimiento, y esto debería ir más allá del control de las simples ONG. Dicho control podría ser incrementado con la creación de un centro parlamentario de monitoreo para seguir las actividades públicas de todas las organizaciones civiles. En el caso de las actividades de derechos humanos o actividades legales de lucha callejera, esas organizaciones serían reclasificadas, elevando el nivel de control del público sobre ellas.

## Bibliografia

- AMARAL-GARCIA, Sofia – GAROUPA, Nuno – GREMBI, Veronica (2008): Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The Case of Portugal. *Illinois Law and Economics Research Papers Series*, Research Paper No. LE08-021.
- BALLWEG, Ottmar Hrsg. (1982): *Rhetorische Rechtstheorie. Festschrift für T. Viehweg*. Freiburg–München, Alber.
- BAUM, Lawrence (2009): Probing the Effects of Judicial Specialization. *Duke Law Review*, Vol. 58, No. 6. 1667–1684.
- BIELER, Andreas – MORTON, A. D. eds. (2001): *Social Forces in the Making of the New Europe*. Hampshire, Palgrave Macmillan.
- BORNEMANN, B. (2007): Politisierung des Rechts und Verrechtlichung der Politik durch das Bundesverfassungsgerichts? Systemtheoretische Betrachtungen zum Wandel des Verhältnisses von Recht und Politik und zur Rolle des Verfassungsgerichtsbarkeit. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Vol. 28, No. 1. 75–95.
- CANARIS, Claus Wilhelm (1968): *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin, Duncker & Humblot.
- CARROLL, William C. – CARSON, Colin (2003): Forging a New Hegemony? The Role of Transnational Policy Groups in the Network and Discourses of Global Corporate Governance. *Journal of World-Systems Research*, Vol. 9, No. 1. 67–102.
- CHENG, Edward K. (2008): The Myth of the Generalist Judge. *Stanford Law Review*, Vol. 61, No. 2. 519–572.
- COLLINGS, Justin (2013): Gerhard Leibholz und der Status des Bundesverfassungsgerichts. Karriere eines Berichts und seines Berichterstatters. In KAISER, Ann Bettina Hrsg.: *Der Parteienstaat*. Baden-Baden, Nomos. 228–258.
- DAMLE, Sarang Vilay (2005): Specialize the Judge not the Court: A Lesson from the German Constitutional Court. *Virginia Law Review*, Vol. 91, No. 4. 1267–1311.
- DWORKIN, Ronald (1977): Is Law the System of Rules? In DWORKIN ed.: *The Philosophy of Law*. London, Oxford University Press. 65–89.
- EPP, Charles R. (1998): *The Rights Revolution*. Chicago–London, The University of Chicago Press.

- EPSTEIN, Lee – LANDES, William M. – POSNER, Richard A. (2010): Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, No. 510.
- ESSER, Josef (1956): *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. Tübingen, Mohr.
- FAIT, Barbara (1985): “In einer Atmosphäre der Freiheit”. Die Rolle der Amerikaner bei der Verfassungsgebung in den Ländern der US-Zone 1946. *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, No. 33. 420–455.
- FELDMAN, Noah (2005): Imposed Constitutionalism. *Connecticut Law Review*, Vol. 37, No. 4. 857–890.
- FINKEY, Ferenc (1909): *Unrechtmäßigkeit als eine strafbare Handlung*. Budapest, Ungarische Akademie der Wissenschaften.
- GAROUPA, Nuno – GOMEZ-POMAR, Fernando – GREMBI, Veronica (2011): Judging Under Political Pressure: An Empirical Analysis of Constitutional Review Voting in the Spanish Constitutional Court. *Illinois Law, Behavior and Social Science Research Papers Series*, Research Paper, No. LBSS11-22. Fuente: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1833737](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1833737) (consulta: 2017. 10. 12.)
- GAROUPA, Nuno (2011): Empirical Legal Studies and Constitutional Courts. *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, No. 3.
- GROUPA, Nuno – GINSBURG, Tom (2011): Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences. *28 Arizona Journal of International and Comparative Law*, No. 547. 539–568.
- GROUPA, Nuno – GINSBURG, Tom (2011): Hybrid Judicial Career Structures: Reputation v. Legal Tradition. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, No. 567.
- HABERMAS, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge des Recht und zur Diskurstheorie der Demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt, Suhrkamp.
- HIRSCHL, Ran (2004): *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- JACKSON, Vicki C. (2007): Transnational Challenges to Constitutional Law: Convergence, Resistance, Engagement. *Federal Law Review*, Vol. 35, No. 2. 161–185.
- JELLINEK, Georg (1885) *Ein für Verfassungsgerichtshof Austria*. Wien, Alfred Hölder K. K. Universitäts- und Buchhandlung.
- JELLINEK, Georg (1885): *Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Wien, Hölder.
- JENKINS, Iredell (1960): Rudolf von Jhering. *Vanderbilt Law Review*, No. 14. 169–190.

- JESTAEDT, Matthias (2002): Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers in verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat. In DEPENHEUER, Otto Hrsg.: *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schuler*. Berlin, Duncker & Humblot. 183–228.
- JHERING, Rudolf von (1872): *Der Kampf um das Recht*. Wien, Verlag der Buchhandlung G. J. Manz'schen.
- KOVÁCS Virág (2013): Az (alkotmány)bírói döntéshozatal dimenziói. Amerikai empirikus kutatások tanulságai. *Délkelet-Európa – South-East Europe International Relations Quarterly*, Vol. 4, No. 1. 13. 1–21.
- KRANENPOHL, Uwe (2010): *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willenbildungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*. Köln, Verlag für Sozialwissenschaften.
- KRITZER, Herbert (2011): Where Are We Going? The Generalist vs. Specialist Challenge. *Tulsa Law Review*, Vol. 47, No. 1. 51–64.
- LISZT, Franz von (1905): Der Zweckgedanke en Strafrecht. In LISZT, Franz von: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Banda 1 (1875–1891)*. Berlin, J. Guttentag Verlag. 126–179.
- LUHMANN, Niklas (1982): *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main, Suhrkamp.
- MACHURA, Stefan (1993): Niklas Luhmanns “Legitimation durch Verfahren” im Spiegel der Kritik. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Vol. 14, No. 1. 97–114.
- MCGINNIS, John O. – SOMIN, Ilya (2007): Should International Law Be Part of Our Law? *Stanford Law Review*, Vol. 59, No. 5. 1175–1247.
- MCGINNIS, John O. – SOMIN, Ilya (2009): International Human Rights and Democracy. *Notre Dame Law Review*, Vol. 84, No. 4. 1739–1798.
- ORBÁN Endre – ZAKARIÁS Kinga (2016): Az alkotmánybírói érdemi munkatársak szerepe Magyarországon [El papel de los funcionarios de la Corte Constitucional en Hungría]. 2016/2 *Alkotmánybírói Szemle*, Vol. 6, No. 2. 108–115.
- PILJ, Kees van der (2006): *Global Rivalries. From the Cold War to Iraq*. London, Pluto Press.
- POKOL Béla (1994): *A magyar parlamentarizmus* [El parlamentarismo húngaro]. Budapest, Cserépfalvi Press.
- POKOL Béla (2005): Politikai agytrösztök, alapítványok és közvetlen akció csoportok – a politikai akaratképzés struktúráváltozása [Grupos de reflexión política y grupos de acción directa]. *Jogelméleti Szemle*, Vol. 6, No. 1. 3–15.
- POKOL Béla (2009): Jhering jog-, morál- és társadalomelmélete [La teoría legal, moral y social de Jhering]. *Jogelméleti Szemle*, Vol. 10, No. 1. 2–38.



- POKOL, Béla (2014): Generális bírák a specializált bírósági rendszerben. Az európai alkotmánybírók egy dilemmája [Jueces generalistas en el sistema judicial especializado: uno de los dilemas de los jueces constitucionales europeos]. *Jogelméleti Szemle*, Vol. 15, No. 2. 226–243.
- POKOL, Béla (2015): Alkotmánybírósági döntési stílusok Európában [Estilos de toma de decisiones constitucionales en Europa]. *Jogelméleti Szemle*, Vol. 16, No. 3. 107–129.
- POKOL, Béla (2013): *Theoretische Soziologie und Rechtstheorie. Kritik und Korrigierung der Theorie von Niklas Luhmann*. Passau, Schenk Verlag.
- POKOL, Béla (2015): *The Sociology of the Constitutional Adjudication*. Passau, Schenk Verlag.
- POKOL, Béla (2016): Juristokratyczna same rządów i jej strukturalne aspekty. *Prawo i Więź*, No. 15. 95–113.
- POKOL, Béla (2017): The Juristocratic Form of Government and its Structural Issues. In EHS, Tamara – NEISSER, Heinrich Hrsg.: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratie? Europäische Parameter in Zeiten politischer Umbruch*. Wien, Böhlau. 61–79.
- POSNER, Richard A. (1983): Will the Federal Courts of Appeals Survive until 1984? An Essay on Delegation and Specialization of the Judicial Function. *Southern California Law Review*, Vol. 56, No. 2. 761–791.
- POSNER, Richard A. (2011): Realism about Judges. *Northwestern University Law Review*, Vol. 105, No. 2. 577–586.
- POSTEMA, Gerard (1980): Moral Responsibility in Professional Ethics. *New York University Law Review*, Vol. 55, No. 1. 63–89.
- RUPIEPER, Hermann-Josef (2005): Peacemaking with Germany. Grundlinien amerikanischer Demokratisierungspolitik 1945–1954. In BAUERKÄMPER, Arnd Hrsg.: *Demokratiewunder. Transatlantische Mittler und die kulturelle Öffnung Westdeutschlands 1945–1970*. Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht. 41–56.
- RÜEFLI, Anna (2013): Spezialisierung an Gerichten. *Justice – Justiz – Giustizia*, No. 2. 2–18.
- RÜTHERS, Bernd (2003): Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat? In PICKER, Eduard – RÜTHERS, Bernd Hrsg.: *Freiheit und Recht*. München, Verlag C. H. Beck. 11–136.
- RÜTHERS, Bernd (2006): Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht. *NJW*, No. 38. 2759–2761.

- RÜTHERS, Bernd (2007): *Rechtsstaat oder Richterstaat? – Methodenfragen als Verfassungsfragen*. 14. Fuente: [www.richterkontrolle.de/files/Rechtsstaat%20oder%20Richterstaat.pdf](http://www.richterkontrolle.de/files/Rechtsstaat%20oder%20Richterstaat.pdf) (consulta: 2017. 10. 12.)
- RÜTHERS, Bernd (2012): *Die unbegrenzte Auslegung*. 7. Auflage. Tübingen, Mohr Siebeck.
- RÜTHERS, Bernd (2014): *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- SCHEIL, Stefan (2012): *Transatlantische Wechselwirkung. Der Elitenwechsel in Deutschland nach 1945*. Berlin, Duncker und Humblot.
- SCHEINGOLD, Stuart (1998): The Struggle to Politicize Legal Practice: A Case Study of Left Activist Lawyering in Seattle. In SARAT, Austin – SCHEINGOLD, Stuart eds.: *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*. New York, Oxford University Press. 118–150.
- SCHEPPELE, Kim Lane (2006): Guardians of the Constitution: Constitutional Court Presidents and the Struggle for the Rule of Law in Post-Soviet Europe. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 154, No. 6. 1757–1851.
- SCHLINK, Bernard (1989): Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat*, Vol. 28, No. 2. 161–172.
- SCHWÖBEL, Christine (2012): The Appeal of the Project of Global Constitutionalism to Public International Lawyers. *German Law Review*, Vol. 13, No. 1. 1–22.
- SMITH, D. A. – BÖRÖCZ J. eds. (1995): *The New World Order? Global Transformation in the Late Twentieth Century*. Westport–London, Greenwood.
- SOMEK, Alexander (2010): Administration without Sovereignty. In DOBNER, Petra – LOUGHLIN, Martin eds.: *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford, Oxford University Press. 267–290.
- SPEVACK, Edmund (2001) *Allied Control and German Freedom: American Political and Ideological Influences on the Framing of the West German Basic Law*. Münster, LIT Verlag.
- STEIN, Peter (1966): *Regulae Iuris. Of Legal Rules Legal Maxims*. Edinburgh, Edinburgh University Press.
- SWEET STONE, Alec (2000): *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford, Oxford University Press.
- TEUBNER, Günther (1971): *Standards und Direktiven in Generalklauseln*. Frankfurt am Main, Athenäum.
- VARGA ZS. András (2015): *Eszményből bálvány: A joguralom dogmatikája* [¿De ideal al ídolo? La Dogmática del dominio del derecho]. Budapest, Századvég.
- VIEHWEG, Theodor (1974): *Topik und Jurisprudenz*. Fünfte, durchgesehene u. Erweiterte Auflage. München, C. H. Beck.

- VLADECK, Steve (2012): Judicial Specialization and the Functional Case for Non-Article III. Courts. *JOTWELL*, 2011. 11. 04. Fuente: <https://courtslaw.jotwell.com/judicial-specialization-and-the-functional-case-for-non-article-iii-courts> (consulta: 2017. 10. 17.)
- VOIGT, Rüdiger Hrsg. (1980): *Verrechtlichung: Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse*. Königstein, Athenäum.
- WOOD, Diane P. (1997): Generalist Judge in a Specialized World. *SMU Law Review*, Vol. 50, No. 4. 1755–1768.

This page intentionally left blank

Publicado por la Universidad Nacional de Servicio Público.



Nordex Non-Profit Ltd. – Dialóg Campus Kiadó  
www.dialogcampus.hu • www.uni-nke.hu  
HU-1083 Budapest, Ludovika tér 2.  
Responsable de la publicación: Ildikó Petró, gerente  
Editor de la publicación: Zsolt Kilián  
Editor de copia: Andrea Imrei  
Tipografía: Zsolt Kilián

ISBN 978-615-5877-10-0 (impreso)  
ISBN 978-615-5877-11-7 (electrónico)

El presente libro se centra en los procesos por los cuales el estado moderno democrático se transforma cada vez más en una base de jurisprudencia en varios países del mundo occidental y, por su impulso, también en otras partes del mundo. Este proceso de transformación se debe principalmente a las competencias cada vez más amplias de los tribunales constitucionales, pero el cambio del proceso de la toma de decisiones de otros tribunales supremos también apunta hacia esta dirección. Lo que ha sido debatido políticamente dentro de los órganos democráticamente elegidos en un estado de democracia –millones de votantes han emitido sus votos para determinar la dirección en la que deben resolverse estos temas– el estado juristocrático fundamenta en un debate que utiliza argumentos jurídicos, y es el tribunal supremo o el tribunal constitucional que toma las decisiones finales. Los tribunales constitucionales están en el centro de estas tendencias de transformación, y, por lo tanto el análisis del presente volumen debe comenzar con la investigación de los cambios por los cuales los tribunales constitucionales originalmente limitados se han transformado en un órgano principal del estado. Esta transformación ha llevado a la situación actual, en la que las decisiones finales de la sociedad y del estado se toman, en última instancia, por los tribunales constitucionales.

The work was created in commission of the National University of Public Service under the priority project PACSDOP-2.1.2-CCHOP-15-2016-00001 entitled "Public Service Development Establishing Good Governance."

dialog Campus



HUNGARIAN  
GOVERNMENT

SZÉCHENYI 2020

European Union  
European Social  
Fund



INVESTING IN YOUR FUTURE